

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD
SOCIAL



TESIS DOCTORAL

La discapacidad como factor de discriminación en el ámbito laboral

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Luis Alejandro Cendrero Uceda

DIRECTORA

Beatriz Quintanilla Navarro

Madrid, 2017



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE MADRID

TESIS DOCTORAL

TITULO

LA DISCAPACIDAD COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN EN EL AMBITO LABORAL

AUTOR: LUIS ALEJANDRO CENDRERO UCEDA

DIRECTORA DE TESIS: BEATRIZ QUINTANILLA NAVARRO

CENTRO: FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO: DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

Octubre 2015

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar a mi Directora de Tesis, D^a Betriz Quintanilla Navarro, Profesora de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense de Madrid, por su apoyo, estímulo y guía durante el periodo de realización de mi Tesis Doctoral y por su paciente insistencia para transmitirnos la importancia de la interseccionalidad de los problemas discriminatorios en la asignatura de “Igualdad, diversidad y Derecho del Trabajo”, durante el periodo de docencia de los estudios de Doctorado.

Tengo que referirme, también a los profesores D.Alfredo Montoya Melgar y D.Jesús Lahera Forteza, de la Universidad Complutense de Madrid, porque, durante el periodo de docencia de los estudios de Doctorado, en sus asignaturas respectivas de “Jurisprudencia constitucional de trabajo y seguridad social” y “Derecho Laboral comparado de los países de la Unión Europea” pusieron especial empeño en aportar una mirada consistente y comprensiva hacia los problemas discriminatorios.

Al Profesor Douglas Kruse, del School of Management and Labor Relation, Rutgers University, New Jersey, USA, por las referencias documentales relativas a la entrada en vigor de la American Discrimination Act.

A la Fundación REPSOL por la información facilitada en relación con su programa de integración laboral de personas con capacidades diferentes. A la Organización Sindical Comisiones Obreras por los documentos aportados y a la Unión General de Trabajadores por sus comentarios y a la biblioteca del Ministerio de Empleo y Seguridad Social por las facilidades para conseguir fuentes bibliográficas adecuadas.

DEDICATORIA

A Carmen, por acompañarme sin límites durante los periodos más intensos de preparación y elaboración de esta Tesis.

TESIS DOCTORAL

“La discapacidad como factor de discriminación en el ámbito laboral”

Autor: Luis Alejandro Cendrero Uceda

Directora de Tesis: Beatriz Quintanilla Navarro

Facultad de Derecho

Universidad Complutense de Madrid

Pag	FE DE ERRATAS
9	Línea décima: donde dice “trabajo, y que unida”; debe decir “trabajo y que, unida”
11	Línea trigésima primera: donde dice “jurisprudencial en el TJUE de la discapacidad”; debe decir “jurisprudencial de la discapacidad en el TJUE.”
25	En nota 4, donde dice “Universidad Complutense” Debe decir: “Universidad Complutense de Madrid”
27	Línea séptima: donde dice “se indican”; debe decir “indico”
30	Línea segunda: donde dice “propugno, ”; debe decir “propugno: “
32	Línea cuarta: donde dice “o bien en tránsito a o desde” Debe decir “o bien en tránsito hacia o desde”
34	Línea tercera: donde dice “gran calado se insertan” Debe decir “gran calado se incluyen”
57	Línea decimoséptima: donde dice “nacional y e iniciaron” Debe decir: “nacional e iniciaron”
69	Línea decimocuarta: donde dice “en el art.4 de esta con” Debe decir “en su art.4, con”
75	Nota 100: donde dice “(p.ej: homosexuales)”, debe decir (p.ej: personas con VIH)
81	Línea novena: donde dice “una persona dos o más” Debe decir “una persona por dos o más”
88	Línea sexta: donde dice “3 de diciembre de 2013” Debe decir “29 de noviembre de 2013)
110	Línea duodécima: donde dice “in embargo”; debe decir “sin embargo”
113	Línea decimocuarta: donde dice “d) Inglaterra”; debe decir “d) Reino Unido”
124	Línea octava: donde dice “igualdad y nodiscriminación” Debe decir “igualdad y no discriminación”
138	Línea décima: donde dice “ con discapacidad, ha”; debe decir “con discapacidad, han”
150	Línea primera: donde dice “del modelo médico y abre” Debe decir “del modelo médico, abre”
151	Línea decimoprimera: donde dice “ que enpuede”; debe decir “que puede”
166	Línea decimoquinta: donde dice “de cómo norma básica” Debe decir “de norma básica”
171	Línea cuarta: donde dice “conocidos”; debe decir “conocidas”

181	Línea decimoséptima: donde dice “no se trasladan a los convenios colectivos” Debe decir “no se trasladan a los convenios colectivos”
198	Línea cuarta: donde dice “pg 189” ; debe decir “pg 194”
228	Línea sexta: donde dice “otros.” ; debe decir “ otros: “
228	Línea séptima: donde dice “readaptación profesional, descanso adecuado” Debe decir “readaptación profesional y descanso adecuado”
246	Línea quinta: donde dice “y que se reflejan en las Encuestas de Población Activa” Debe decir “que reflejan las Encuestas de Población Activa”
263	Línea quinta: donde dice “ o a la plantilla de personal fijo” Debe decir “ o de la plantilla de personal fijo”
266	Línea novena. Donde dice “capVI.6” ; debe decir “cap III.6”
267	Línea tercera: donde dice “la hemos agrupado” ; debe decir “la he agrupado”
274	Línea octava: donde dice “gran dependencia está exenta” Debe decir “gran dependencia”
283	El contenido integro de esta página, al tratarse de una doble impresión, debe darse por no puesto
287	Línea ultima: donde dice “, LRJS” ; debe decir “ , LRJS, “
301	Línea decimoquinta: donde dice “V.1.1” ; debe decir “IV.1.2”
309	Línea tercera: donde dice “considerara a la” ;debe decir “considere la”
310	Línea decimoséptima: donde dice “porm” ; debe decir “por”
332	Línea tercera: donde dice “sin distinción, a igual protección ante la ley” Debe decir “sin distinción, derecho a igual protección ante la ley”
332	Línea sexta: donde dice “discriminación).” ; debe decir “discriminación.”
337	Línea decimoprimera: donde dice “ en el Cap V de esta Tesis).” Debe decir “ en el cap IV de esta Tesis).”
343	Línea décima: donde dice “Ley 51/32003” ; debe decir “Ley 51/2003”
346	Línea decimonovena: donde dice “”del TRLGDPD” Debe decir “ de la DA tercera del TRLGDPD”
351	Línea séptima: donde dice “la administración pública competente” Debe decir “las administraciones públicas competentes”

INDICE

LA DISCAPACIDAD COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN EN EL AMBITO LABORAL

	RESUMEN/SUMMARY	9
	Resumen: lengua española e inglesa	9
	Resumen bibliográfico	18
I	PARTE PRIMERA:INTRODUCCIÓN	24
I.1	Antecedentes	24
I.2	Objeto	27
I.3	Metodología y fuentes	29
I.3.1	Metodología: el paradigma normativo y el “ámbito laboral”	29
I.3.2	Las fuentes de referencia	43
II	PARTE SEGUNDA:DISCAPACIDAD, DISCRIMINACIÓN Y “AMBITO LABORAL”	49
II.1	Aproximación conceptual	49
II.1.1	Discapacidad: evolución y situación actual	49
II.1.2	Discriminación. Igualdad, no discriminación y acciones positivas	72
II.1.2.1	<i>Concepto y clases de discriminación</i>	72
II.1.2.2	<i>Acciones positivas: concepto y clases</i>	83
II.1.3	El “ámbito laboral”: un nuevo espacio jurídico	90
II.2	La dimensión internacional: el marco normativo e institucional	96
II.2.1	Las Organizaciones internacionales	96
II.2.2	El referente europeo	100
II.2.2.1	<i>El Consejo de Europa y las Instituciones europeas</i>	100
II.2.3	Breve referencia comparada	104
II.2.3.1	<i>El marco jurídico de referencia en EE.UU</i>	104
II.2.3.2	<i>El marco jurídico de referencia en Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y Países Nórdicos</i>	107
II.2.3.3	<i>Consideración general</i>	118
II.3	El Marco normativo español	120
II.3.1	El marco general	120
II.3.1.1	<i>La base constitucional</i>	120
II.3.1.2	<i>El derecho positivo: evolución y situación actual</i>	124
II.3.1.3	<i>Diferentes sistemas de empleo para las personas con discapacidad: empleo ordinario, protegido y autónomo</i>	167
II.3.2	Discapacidad y agentes sociales: concertación social y documentos programáticos	172

III	PARTE TERCERA: DISCAPACIDAD EN EL “ÁMBITO LABORAL”: PERSPECTIVA DESAGREGADA	182
III.1	El “ámbito laboral”: Transversalidad e interseccionalidad	182
III.2	Discapacidad y empleo	185
III.2.1	Sistema laboral ordinario	187
III.2.2	Sistema laboral protegido	217
III.2.3	Trabajadores autónomos con discapacidad	228
III.2.4	A modo de resumen	232
III.3	Discapacidad y accesibilidad	234
III.4	Discapacidad y género	240
III.5	Discapacidad, seguridad y salud laboral	247
III.6	Discapacidad y conciliación de la vida familiar y laboral	252
III.7	Discapacidad y negociación colectiva	259
III.8	Discapacidad y fiscalidad	270
IV	PARTE CUARTA: LA TUTELA JURISDICCIONAL FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN EN FUNCIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN EL “ÁMBITO LABORAL”	284
IV.1	Desde los Tribunales españoles	284
IV.1.1	Aspectos jurídicos y constitucionales	284
IV.1.2	La jurisprudencia del Tribunal Supremo	290
IV.1.3	La jurisprudencia del Tribunal Constitucional	301
IV.2	Desde los Tribunales europeos	316
IV.2.1	El Tribunal de Justicia de la Unión Europea	316
IV.2.2	El Tribunal Europeo de Derechos Humanos	326
IV.3	Corolario	328
V	PARTE QUINTA: CONCLUSIONES Y PROPUESTAS	330
V.1	Conclusiones	330
V.1.1	Nueva consideración de la discapacidad	332
V.1.2	El paradigma normativo	334
V.1.3	El “ámbito laboral”	338
V.2	Propuestas	342
V.2.1	Una visión comprensiva	342
V.2.2	Cumplimiento efectivo de la cuota de reserva	348
V.2.3	La integración en el “ámbito laboral”	352
V.2.4	La implicación de los agentes sociales	356
V.2.5	Indicadores de la discapacidad	357
	BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES CONSULTADAS	358
	Libros y revistas	358
	Ensayos, informes, ponencias, actas de congresos	371
	Páginas web	375

TABLA DE SIGLAS

- AA.VV: Autores varios.
- ABVD: Actividades básicas de la vida diaria.
- ADA: American Discrimination Act.
- AEAT: Agencia Española de Administración Tributaria
- AENC: Acuerdo para el empleo y la Negociación Colectiva
- AMCE: Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y el Empleo.
- ANC: Acuerdo interconfederal para la Negociación Colectiva.
- AIVD: Actividades instrumentales de la vida diaria.
- Apdo: Apartado.
- BOE: Boletín Oficial del Estado.
- Cap: capítulo
- CC.AA: Comunidades Autónomas.
- CC.OO: Comisiones Obreras
- CE: Constitución Española
- CE: Comunidad Europea (antigua denominación)
- CEE: Centros Especiales de Empleo
- CENDOJ: Centro de información jurídica (Consejo General del Poder Judicial).
- CEOE: Confederación Española de Organizaciones empresariales
- CEPYME: confederación Española de Pequeña y Mediana Empresa
- CIF: Clasificación Internacional del Funcionamiento, la discapacidad y la salud.
- CIDDM: Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías
- CERMI: Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
- DA: Disposición Adicional.
- DEA: Diploma de Estudios Avanzados.
- DDA: Disability Discrimination Act (Reino Unido)
- DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea (antes DOCE)
- DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos.
- EE.UU: Estados Unidos de Norte America
- EDAD: Encuesta sobre Discapacidades, Autonomía Personal y Situación de Dependencia.
- EDDDES: Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de la Salud.
- EDDM: Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Minusvalías.
- EPA: Encuesta de Población Activa (INE)
- EPCD: Empleo de las Personas con Discapacidad
- ET: Estatuto de los Trabajadores.

- FJ: Fundamento Jurídico
- INE: Instituto Nacional de Estadística.
- INSERSO: Instituto Nacional de Servicios Sociales.
- IPREM: Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples.
- IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido.
- GUDI: Gazzetta Ufficiale della Reppubblica Italiana.
- LGDPCD: Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social.
- LGSS: Ley general de la Seguridad Social.
- LGT: Ley General Tributaria.
- LIONDAU: Ley de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal.
- LIRPF: Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- LISD: Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones.
- LISMI: Ley de Integración Social de los Minusválidos.
- LISOS: Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- LO: Ley Orgánica.
- LOI: Ley Orgánica sobre la Igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- LPL: Ley de Procedimiento Laboral.
- LPRl: Ley de Prevención de riesgos Laborales.
- LRJS: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.
- MF: Ministerios Fiscal
- MTAS: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- ODEP: Office of Disability Employment Policy
- OIT: Organización Internacional del Trabajo.
- ONCE: Organización Nacional de Ciegos de España.
- ONU: Organización de Naciones Unidas.
- OMS: Organización Mundial de la Salud.
- PCD: Personas con Discapacidad.
- PNDA: Plan Nacional de Accesibilidad.
- RD: Real Decreto
- RDL: Real Decreto Legislativo
- SEPE: Servicio Público de Empleo Estatal.
- STC: Sentencia Tribunal Constitucional.
- Sentencia Tribunal Supremo.
- TC: Tribunal Constitucional
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- TR: Texto Refundido.
- TRLGSS: Texto Refundido por el que se aprueba la Ley General de la Seguridad Social.
- TS: Tribunal Supremo.
- UCM: Universidad Complutense de Madrid.

- UGT: Union General de Trabajadores.

TABLA DE CUADROS

Cuadro nº 1: Tasa de paro y de actividad de las personas con discapacidad (PCD) y de la población general con referencia a EDDDES, EDAD y EPA 1999/2008. Pag 194

Cuadro nº 2: Tasa de paro y actividad de las PCD y población general con referencia a la EPD y EPA años 2008/2011. Pag 198

Cuadro nº 3: Variación del número de empresas en España con referencia al DIRCE años 2008/2012. Pag 204

Cuadro nº 4: Centros Especiales de Empleo y plantilla de PCD. Pag 220

Cuadro nº 5. Tasas de de paro, actividad y ocupación de PCD. Pag 241

ANEXOS

A.I	SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA	378
AI.1	Sentencias del Tribunal Supremo	378
AI.2	Sentencias del Tribunal Constitucional	396
AI:3	Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	448
AI.4	Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	498

TESIS DOCTORAL

LA DISCAPACIDAD COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN EN EL “ÁMBITO LABORAL”

RESUMEN

Introducción: Las personas con discapacidad sufren todo tipo de situaciones discriminatorias cuando buscan integrarse en el mercado laboral, tanto para conseguir un empleo como en su promoción profesional, en la conciliación de su vida familiar y personal, en la adaptación del puesto de trabajo, en la movilidad, en la consideración de género y en los aspectos retributivos. Hacer frente a esta discriminación múltiple a la que se enfrentan las personas con discapacidad requiere, y esta es mi propuesta, la construcción de un nuevo espacio jurídico comprensivo que denomino “ámbito laboral”. Mi preocupación por estas cuestiones se produjo por circunstancias factuales, como consecuencia de la escasa presencia de personas con discapacidad que observaba en los centros de trabajo, y que unida a una experiencia familiar cercana, me llevó a profundizar en el conocimiento de esta materia, una vez iniciada, en enero de 2005, mi actual etapa profesional como abogado en cuestiones laborales y de familia.

Incorporado a los estudios de Doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, programa “Las nuevas dimensiones del Derecho del Trabajo”, hice una primera aproximación investigadora sobre esta cuestión y obtuve en 2007, el Diploma de Estudios Avanzados, DEA, requisito necesario para iniciar mi Tesis Doctoral.

Objeto y metodología: La Tesis que presento bajo el título “*La discapacidad como factor de discriminación en el ámbito laboral*” profundiza, amplía y completa la investigación entonces iniciada, presenta resultados, conclusiones y ofrece algunas propuestas.

La metodología empleada parte de la conceptualización de un espacio jurídico comprensivo, que denomino **“ámbito laboral”**, dimensión en la que se desarrollan las relaciones jurídicas en estudio, y en la formulación del **“paradigma normativo”** que establece tres modelos teóricos en los que pueden alojarse los sistemas normativos según su compromiso antidiscriminatorio.

Defino **“el ámbito laboral”** como *“el espacio jurídico ideal configurado por las cuestiones o los problemas de la actividad laboral”* en el que deben protegerse los derechos de igualdad ante la ley y no discriminación de las personas con discapacidad en el empleo y la ocupación. Incluye todos los aspectos relativos al empleo, la ocupación, y su relación funcional con el espacio físico; movilidad desde y hacia el centro de trabajo, accesibilidad y adaptabilidad del entorno laboral, incluyendo la accesibilidad del sistema de transporte, el acceso y movilidad en el centro de trabajo, disponer de instrumentos, equipos y un puesto de trabajo adaptado o tener acceso a prótesis adecuadas.

El paradigma normativo contempla los siguientes modelos:

- a) modelo constitucional, comprensivo y explícito: existe un mandato constitucional que contempla la igualdad ante la ley y prohibición de discriminación de las personas con discapacidad, existe una regulación normativa que afecta al ámbito laboral, de integración social y asistencial y la definición de personas con discapacidad es suficientemente explícita.
- b) modelo comprensivo y explícito: no existe mandato constitucional expreso, pero existe legislación adecuada y explícita.
- c) modelo laboralizado: no existe mandato constitucional expreso y la regulación normativa solo contempla la integración laboral

Establecido el marco de la Tesis, defino conceptualmente los términos discapacidad y discriminación de acuerdo con las bases establecidas por la doctrina y la jurisprudencia para, seguidamente, introducir la dimensión comparada considerando a las Organizaciones Internacionales, las Organizaciones Europeas y de la Unión Europea. Concluyo con una referencia los sistemas aplicados en EE.UU, Alemania, Francia Italia, Reino Unido y Países Nórdicos.

Seguidamente hago un análisis del marco jurídico español, su evolución y contenido, tanto de las normas antidiscriminatorias como de las medidas positivas establecidas para incorporar a las personas con discapacidad en el espacio laboral (especialmente la ley 13/1982, de 7 de abril, LISMI, la Ley 51/2003, de 2 diciembre, LIONDAU, la ley

62/2003, de 30 de diciembre, que incluye la transposición de la Directiva 2000/78, de 27 noviembre, y el RD Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, TRLGDPD) y se cierra con la contribución de los agentes sociales para la adaptación de los convenios colectivos y de las normas laborales para la lucha contra la discriminación de las personas con discapacidad.

El estudio de las fuentes se completa con una referencia a la tutela jurisdiccional que brindan las normas procesales de la jurisdicción social, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional. Se completa esta parte expositiva con la jurisprudencia de los Tribunales Europeos: Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Resultados: Establecidas las bases normativas y jurisprudenciales sobre las que debe apoyarse el análisis de *“la discapacidad como factor de discriminación en el ámbito laboral”*, hago una inmersión en “el ámbito laboral” considerando sus aspectos más significativos. Así, la transversalidad e interseccionalidad del fenómeno discriminatorio, la discapacidad y su influencia negativa en el empleo, las insuficiencias en cuanto a accesibilidad y movilidad, la discriminación existente por razón de género, las insuficiencias en la seguridad y salud laboral, la falta de consideración de las personas con discapacidad para conciliar familia y trabajo, la insuficiente presencia (o la ausencia) de una consideración adecuada de las personas con discapacidad en la negociación colectiva, y el tratamiento fiscal de las personas con discapacidad.

El resultado que arroja el estudio del “ámbito laboral” considerado no puede considerarse satisfactorio. Resulta increíble que desde la ley 13/1982, de 7 de abril, los instrumentos de seguimiento y control administrativo sean tan deficientes y no se hayan implementado sistemas enérgicos y comprensivos para corregir esta situación. Queda por ver si la adaptación normativa realizada por el RDLegislativo 1/2013, de 29 de noviembre y las últimas sentencias de los tribunales europeos propicia una mejora de la situación actual.

Conclusiones: Las conclusiones, agrupadas en tres bloques, responden a “nueva consideración de la discapacidad”, “el paradigma normativo” y “el ámbito laboral”.

La nueva consideración de la discapacidad, está abriendo paso a un tratamiento jurisprudencial en el TJUE de la discapacidad cada vez más adaptada al modelo social, que debe incluir a la enfermedad y a la obesidad en determinadas circunstancias, como una forma de discapacidad. Esta doctrina jurisprudencial deberá influir de forma

determinante en la interpretación y aplicación de las normas relativas a la integración social de las personas con discapacidad.

El paradigma normativo permite considerar a nuestro sistema como, constitucionalizado, comprensivo y explícito, pero necesita una visión de la discapacidad plenamente adaptada a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y requiere una interpretación jurisprudencial adaptada a ella.

Si bien la nueva consideración de la discapacidad se aproxima al modelo social, en el “ámbito laboral” existen barreras físicas, económicas y sociales que dificultan o impiden la incorporación de las personas con discapacidad a un puesto de trabajo, sea en el sistema ordinario, el especial o como autónomos económicamente dependientes, que dificultan la aplicación efectiva de los arts 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española. Estos déficits, creados por la actividad humana, dan lugar a situaciones discriminatorias que afectan a las personas con discapacidad, propiciadas por la indiferencia de los agentes sociales, la laxitud normativa y la inacción administrativa.

Propuestas: Agrupadas en cinco epígrafes se incluyen las correspondientes propuestas que, necesariamente, incluirán las normas objeto de modificación, los artículos afectados y, cuando es necesario, el nuevo texto que se propone.

Los epígrafes se refieren a:

- Visión comprensiva de las normas: el RD Legislativo1/2013, de 29 noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, requiere que se modifique el concepto de discapacidad, haciendo referencia expresa a “deficiencias previsiblemente permanente sean congénitas o adquiridas”, y precisar quiénes son los titulares de los derechos incluidos en la norma. Para un conocimiento permanente y actualizado de la legislación sobre discapacidad el BOE (Boletín Oficial del Estado) deberá editar una colección legislativa sobre discapacidad.
- Cumplimiento efectivo de la cuota de reserva de empleo para las personas con discapacidad, incrementando la base de aplicación tanto en la cantidad de empresas obligadas como en el porcentaje de personas con discapacidad respecto a la plantilla de cada empresa.
- Integración en el ámbito laboral mediante medidas que faciliten la adaptación del puesto de trabajo, la movilidad y la accesibilidad empresarial, incluso la de puertas afuera de la empresa, y la mejora de la conciliación familiar y laboral.

- La implicación de los agentes sociales para que en todos los convenios colectivos se introduzcan cláusulas relativas a integración de las personas con discapacidad. Se exigirá a los sistemas públicos de empleo que mantengan y difundan entre los agentes sociales los sistemas de apoyo, las demandas y las ofertas de empleo.
- Los indicadores de la discapacidad para uso estadístico, deberán alcanzar un cierto grado de convergencia al objeto de evitar interpretaciones inadecuadas de los datos de empleo de las personas con discapacidad.

Introduction: *Persons with disabilities have to deal with a wide range of discriminatory situations when chasing integration in the labour market, these situations appear when trying to get a job as well as when trying to obtain a professional promotion, or for the purpose of reconciling work and family life, in the adaptation to the workplace, in mobility, in gender considerations and in salary terms. In order to deal with this multiple discrimination that persons with disabilities have to face it is needed, and this is my proposal, to build a new comprehensive legal space that I name the “labour frame”.*

My concern for these issues arose due to factual circumstances, both because I observed the presence of few persons with disabilities at the work centers, and because I experienced the situation of a close relative with a disability. Aforementioned facts encouraged me to deepen my knowledge on the subject by January 2005, when I started my current professional stage as a lawyer on family and labour matters.

Once incorporated to the doctorate studies at the School of Law of the Complutense University of Madrid, within the programme named “The new dimensions of Labour Law”, I made a first research approach on the matter and I obtained, in year 2007, the Advanced Studies Diploma (DEA), a necessary step to begin the work on my Doctorate Thesis.

Subject and Methodology: *The Thesis work I am presenting with title “Disabilities as a discrimination factor in the Labour frame” deepens, extends and completes the research I started then, and presents results, conclusions and some proposals.*

The methodology I have used, departs from the conceptualization of a comprehensive legal space, that I name “labour frame”, dimension within which the legal relationships under study are taking place, and in the formulation of a “legal paradigm” that creates three theoretical models within which legal systems can be classified depending upon their level of commitment against discrimination.

I define the “labour frame” as “the ideal legal space configured by the matters or problems related to labour activity” within which the rights of equality under the law and no discrimination of persons with disabilities in terms of employment and occupation must be protected. It includes all aspects related to employment, occupation, and its functional relationship with the physical space; mobility from and to the workplace, accessibility and adaptability within the workplace, transportation systems accessibility, accessibility and mobility within the work centre, the disposal of instruments, equipments and an adapted workstation or to have access to adequate prosthesis.

The legal paradigm gathers the following models:

- a). a constitutional model, comprehensive and explicit: it does exist a constitutional mandate that has regard to equality before the law and the prohibition to discriminate persons with disabilities, it does exist a legal regulation affecting the labour scope, with social and healthcare integration, and the definition of persons with disabilities is explicit.*
- b) a comprehensive and explicit model: it does not exist an express constitutional mandate but it does exist explicit and adequate legislation.*
- c) a labouralized model: it does not exist an express constitutional mandate, and legal regulation is focusing only on work related integration.*

Having established the Thesis frame, I define conceptually the terms disability and discrimination in accordance with the basis defined by doctrine and jurisprudence, following with the international dimension considering International Organizations, European Organizations and European Union. Finally, I refer to the systems of USA, Germany, France, Italy, United Kingdom and Nordic countries of Europe.

I do hereafter make an analysis of the Spanish legal frame, its evolution and contents, both of regulations against discrimination and of positive measures established in order to incorporate persons with disabilities to the labour frame (having regard, especially, to Law 13/1982, April the 7th, to Law 51/2003, December the 2nd, to Law 62/2003, December the 30th, which is including transposition of Directive 2000/78, November the

27th, and RD Legislativo 1/2013, November the 29th) and it is closed with the contribution of workers' and employers' organizations to the adaptation of collective agreements and labour regulations against discrimination of the persons with disabilities.

The study of the sources is completed with a reference to the judicial protection given by process laws of the Labour jurisdiction as well as the jurisprudence from the Supreme Court and from the Constitutional Court. This descriptive part is completed with the jurisprudence of the European Courts: the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights.

Results: Having established the legal and jurisprudential basis on which the analysis of “disabilities as a discrimination factor within the labour frame” must lean, I dive into the “labour frame” considering its most significant aspects. Thus, the transversality and intersectionality of the discrimination phenomenon, disability and its negative influence on employment, inadequacies regarding accessibility and mobility, existing gender discrimination, inadequacies in terms of labour security and labour health, the lack of consideration towards the work and family life reconciliation of the persons with disabilities, the inadequate presence (or even absence) of persons with disabilities at collective bargaining, and fiscal consideration of persons with disabilities.

The results coming from the study of the “labour frame” cannot be considered satisfactory. It is hard to believe how inadequate still are the tools for monitoring and administrative control after Law 13/1982, April the 7th, and the lack of determined and comprehensive systems to correct this situation. To be seen if the legal adaptation introduced by RD legislativo 1/2013, November the 29th, and the last sentences of the European Courts propitiate an improvement of current situation.

Conclusions: The conclusions, gathered in three groups, answer to “a new consideration of disability”, “the legal paradigm”, and “the labour frame”. The new consideration of disability is clearing the way to a jurisprudential treatment of disability by the Court of Justice of the European Union increasingly more adjusted to the social model, that must include illness and obesity in certain circumstances, as a type of disability. This jurisprudence should crucially influence the interpretation and application of regulations related to the social integration of persons with disabilities.

The legal paradigm allows us to describe our system as a constitutionalized, comprehensive and explicit system, but it needs to incorporate a definition of disability

fully in accordance with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and does therefore need a jurisprudential interpretation in accordance to it.

Even if the new consideration of disability is close to what we consider the social model, in the “labour frame” do exist physical, economic and social barriers that impair or even impede the incorporation of persons with disabilities to a job, either in the ordinary system, the special system or as economically dependant freelancers, making difficult the effective application of articles 9.2, 10, 14 and 49 of the Spanish Constitution. Those inadequacies, created by human activity, result in discriminatory situations affecting persons with disabilities that are propitiated by the indifference of social actors, legal laxity and administrative inaction.

Proposals: *Related proposals are included, gathered in five epigraphs, including the regulations subject to modification, affected articles, and, when needed, the new proposed text.*

Epigraphs are related to :

- *A comprehensive view of the regulations: RD Legislativo 1/2013, November the 29th, approving the General Law on the Rights of persons with disabilities and their social inclusion, needs to modify the concept of disability, in order to make express reference to “disabilities foreseeably permanent, both congenital or acquired”, and to define who are the persons entitled to the rights included in the regulations.*

For a permanent and updated knowledge of the legislation on disabilities, BOE must release a legislative collection on disabilities.

- *The effective enforcement of the employment quotas for persons with disabilities, increasing the basis for its applicability both in terms of the number of companies obliged to its application and in terms of the percentage of persons with disabilities with respect to the regular staff of each company.*
- *Integration within the labour frame by the adoption of measures facilitating the adaptation of the workstation, the company mobility and accessibility, even outside of the company, and the improvement of the reconciliation of work and family life.*
- *The involvement of collective bargaining actors so as to include clauses related to the integration of persons with disabilities in all collective agreements. It will be required from the employment public systems to maintain and disseminate amongst the collective bargaining actors the support systems, as well as the employment demands and vacancies.*

- *Disabilities indicators for statistical use shall have to achieve a certain degree of convergence so as to avoid inadequate interpretations of the employment data related to persons with disabilities.*

Resumen bibliográfico

Alcaín Martínez, Esperanza, Legislación sobre discapacidad, Thomson Aranzadi, Navarra 2005, pp 1030 y Tuset del Pino, Pedro, Diccionario Legal de las Minusvalías, Thomson Aranzadi, Navarra 2005, pp 425

Acemoglu Daron and Joshua D. Angrist. Consequences of employment protection: the case of the American with Disabilities Act; Journal of Political Economy: The University of Chicago Press, vol 109 n° 5, 2001, pgs 915-957

Albiol Monesinos Ignacio director y otros, Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad, Ed Tirant Lo Blanch, 2007, pags 34 a 55

Ales Edoardo, Disability in Italy: The Legal Concept; Comparative Labor Law and Policy Journal, University of Illinois College of Law, Vol 24, n°4, 2003,

Alonso-Olea García Belen; concepto de discapacidad y su distinción de otros afines; Trabajo y protección social del discapacitado, Ed Bomarzo 2003, pp 11-25

Alvarez Patallo José Andrés, “El procedimiento administrativo para la evaluación de la incapacidad permanente” Comares, Granada 2005, pp 127

AA.VV 2003/2012 : 10 años de legislación sobre discriminación de personas con discapacidad en España, Dtor Cayo Pérez Bueno Luis, Cdora Álvarez Ramirez Gloria, Colección CERMI, Ed CINCA Madrid 2012, 466 pp

AAVV En torno a la igualdad y la desigualdad, Dtor Sánchez González Santiago, Dykinson, Madrid, 2009, pp 257.

AAVV, Ignacio Campoy Cervera: Reflexiones acerca de los derechos de las personas con discapacidad; ED Ignacio Campoy Cervera, Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson SL, 2004, pp 284.

Bagenstos Samuel R: Comparative disability employment law from an American perspective; Comparative Labor Law and Policy Journal; University of Illinois College of Law, Vol 24 n°4, 2003, pgs 649-668

Baldwin Marjorie L & Choe Chung “Wage discrimination against workers with sensory disabilities” Industrial relations: a journal of economy and society, Universidad de California, Vol 53, n° 1, 2014, pp 101-124

Baldwin Marjorie L & Edgar J. Schumacher: A note of job mobility among workers with disabilities, Industrial Relations, Blackwell Publishers, Vol 41 n°3, 2002, pgs 430-441.

Barry Kevin “Towards universalism: what the ADA Amendments Act of 2008 can and can’t do for disability rights” Berkeley journal of employment and labor law, University of California, Vol 31, n° 1, pp 203-283

Blázquez Aguado Eva María en “Situación real de las mujeres efecto y/o consecuencia de la discriminación múltiple en el empleo: en especial la edad y la discapacidad” Políticas de Empleo AAVV coordinadores Jaime Cabeza y Francisca Fernández, Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2013, pp 215 -230.

Berthoud Richard “ Disability employment penalties in Britain” Work, employment and society, BSA, 2008 Vol 22 nº 1, p 129-148

Cabeza Pereiro Jaime “La discriminación por discapacidad: El caso Chacón Navas, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, N 102, 2013, pp 299-318.

Colectivo Ioé, “La inserción laboral de personas con discapacidades” Colección Estudios Sociales nº 14, editado por Fundación “la CAIXA”, Barcelona, 2003. pp 193.

Cordero Gordillo, Vanessa “Igualdad y no Discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo”, Tirant Lo Blanch, Valencia 2010, pp 179.

Cordero Gordillo, Vanessa,; “Discriminación por discapacidad: centros especiales de empleo, convenios colectivos, relación laboral e integración física y moral” Actum social, 2008, n 11, pp 34-41.

Dal-Re Fernando Valdés, Derechos en serio y personas con discapacidad en AAVV Relaciones laborales de las personas con discapacidad, Director Fernando Valdés Dal-Re, Ed Biblioteca Nueva,S.L, Fundación Francisco Largo Caballero, Fundación ONCE, Fundación Ortega y Gasset, Madrid,2005, pp 386.

Dávila Quintana Carmen Delia “Discapacidad y género: un estudio de participación en el mercado de trabajo español” Moneda y crédito, nº 223, 2006, pp127-158

De Lorenzo Rafael y Palacios Agustina, “Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional” AAVV Los derechos de las personas con discapacidad, Vol I, Director Javier La Orden, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007 pp 3-123.

Dilla Catalá Mª José, Marta Arroyo Gonzalez, Carmen Cueva y Gema Sobrino; Los trabajadores discapacitados en la negociación colectiva, en AA.VV Relaciones laborales de las personas con discapacidad, Dirigido por Fernando Valdés Dal-Re; Biblioteca Nueva S.L, 2005, pp 325-361.

Escribano Gutiérrez, Juan; Enfermedad, discapacidad y discriminación desde la perspectiva nacional y comunitaria, Relaciones laborales, Vol 5 , 2007 p 93 a 107.

Fernández Docampo María Belen; La salud del trabajador como causa de discriminación, Nueva revista española de derecho del trabajo, N 162, 2014, p 71-93

Fernández Santiago Pedro “Compendio sobre violencia de género y factores de discriminación en la mujer con discapacidad” en Políticas de bienestar social, nº 26, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pp 220

Fernández Pedro, María José Ramirez y Pilar Ramiro “Diagnóstico social sobre violencia de género y discapacidad en la Ciudad de Madrid realizado por, entre

mujeres con discapacidad física” Concejalía de Servicios al Ciudadano, Ayto Madrid, 2005,.

García Quiñones, Juan Carlos; El concepto jurídico laboral de discapacitado; AAVV Relaciones laborales personas con discapacidad, Ed Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp 29/87.(de 411)

Gaztelu San Pio, Clara “Acción positiva, acceso y ajuste razonable para personas con discapacidad en el ámbito laboral” en 2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España, Estudios en homenaje a Miguel Angel Cabrea de Luna; Colecciones CERMI, Ed CINCA, Madrid, 2012, P 303-323.

Geist Fiona, Bernd Pietermann, Volker Widhammer: Disability Law in Germany; Comparative Labor Law and Policy Journal, University of Illinois College of Law, Vol 24 n°4, 2003, pgs 563-608.

Gijzen Marianne “Selected issues in equal treatment law: a multi-layered comparison of European, English and Dutch law, Oxford, 2006, pp 551.

Gil Suárez Luis, “Principio de Igualdad y tutela judicial efectiva, La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales” Ponencias XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, colección Informes y Estudios Relaciones Laborales, 2005, pp 1035 a 1065

Gimenez Gluk David “La ausencia de límites constitucionales de las acciones positivas a favor de las personas con discapacidad”, pp 123-126, del volumen AA.VV “Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas” Dtor Ignacio Campy Cervera, Dykinson, Madrid, 2004, pp284.

Hotchkiss Julie L, A Closer Look at the Employment Impact of the American with Disabilities Act, Journal of Human Resources, University of Wisconsin Press, vol 39 n°4, 2004, pgs 887-911.

Huete García Agustín “La discriminación percibida por las personas con discapacidad. Análisis de situación a partir de EDAD 2008. en 2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España, Estudios en homenaje a Miguel Angel Cabrea de Luna; Colecciones CERMI, Ed CINCA, Madrid, 2012, P 303-323.

Hvinden Bjorn, Nordic disability policies in a changing Europe: is there still a distinct Nordic model? Social Policy Administration; Blackwell Publishing Vol 38, n° 2 Abril 2004, pags 170-188/

Björn Hvinden, The Uncertain convergence of disability policies in western Europe, Social Policy Administration, Blackwell Publishing, Vol 37 n° 6, 2003, pgs 609-624

Kruse Douglas & Lisa Schur: Employmen of people with disabilities following the ADA, Industrial Relations, Blackwell Publishiers, vol 42 n° 1, 2003, pgs 31-66.

Legarreta Esteban, Ricardo y Pérez Amoros, Francisco, Codirectores AAVV La aplicación del derecho del trabajo a los Centros Especiales de Empleo Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pp 679.

Lombardo Emanuela y Mieke Verloo, La interseccionalidad del género con otras desigualdades en la política de la Unión Europea, Revista Española de Ciencia Política, num 23, Edita AECPA, Madrid, julio 2010, pp 11-30

Lousada Arochena, José Fernando “Discriminación por discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación” Anuario Fundación 1º de Mayo, año 2010, pp 285-291.

Malo Ocaña Miguel Angel y Pagan Rodriguez Ricardo “¿Existe la doble discriminación salarial por sexo y discapacidad en España? un análisis empírico con datos del Panel de Hogares, Moneda y Crédito, nº 225, 2007, pp 7-42

Mansfield Gavin & John Bowers: Disabled Persons Under The Disability Discrimination Act 1995, Comparative Labor Law and Policy Journal, Uuniversity of Illinois Collrge of Law, 2003, Vol 24 nº 4, pgs 631-648.

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Libro Blanco de Atención a Personas en Situación de Dependencia, Madrid, Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, pgs 820.

Mora González Vicente, La no discriminación en el empleo de las personas con discapacidad, en AA.VV 2003-2012: 10 años de legislación sobre discriminación de personas con discapacidad en España, Dtor Pérez Bueno Luis, Cdora Álvarez Ramírez Gloria, colección CERMI, Edt CINCA, Madrid 2013, pp 289-302.

OIT “La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue sin cumplirse” Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales del trabajo. Aprobado en la 100ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo 2011.

Office of Disability Employment Policy, ODEP Accomplishments 2009-23012, Real People-Real Impact, United States Department of Labour.

OIT, documento ISBN 978-92-2-321438-8 que incluye Convenio 159 y Recomendación 168 de la OIT y Convención Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Las publicaciones de la OIT (ILO)

Palacios Agustina y De Lorenzo Rafael en Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional, en Los Derechos de las personas con discapacidad, AAVV Dtor Javier La Orden, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp 3-125, de 971.

Pérez Bueno Luis Cayo, La configuración jurídica de los ajustes razonables, en AA.VV 2003-2012: 10 años de legislación sobre discriminación de personas con discapacidad en España, Dtor Pérez Bueno Luis, Cdora Álvarez Ramírez Gloria, colección CERMI, Edt CINCA, Madrid 2013, pp 150-183.

Pérez del Río, Teresa en “Principio de no discriminación y acción positiva: comentarios a la Parte III del Plan de Igualdad de Oportunidades para la Mujer 1988-1990, Documentación Laboral, n° 25, 2008, pp 55-98.

Quintanilla Navarro Beatriz, “Discapacidad y discriminación: de la igualdad de trato a la accesibilidad universal”, Relaciones Laborales, revista crítica de teoría y práctica, n° 11- 2006, pp 363-398.

Quintanilla Navarro Beatriz “igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad” en AA.VV Relaciones Laborales de las Personas con discapacidad, Editorial Biblioteca Nueva.SL, Madrid, p 205-245, de 411 pp.

Réau Phillipe: Francia mejora su sistema de protección de las personas con discapacidad; Educación Obrera, Oficina Internacional del Trabajo, 2004, n° 137, pgs 33-37

Rihal Hervé “Le contentieux de l’obligation d’emploi des travailleurs handicapés: le respect de l’obligation des 6% apprécié par les juridictions administratives et judiciaires”, Revue de droit sanitaire et social; DALLOZ, N 6, 2010, p 1146-1050.

Rodriguez Cardo, Iván Antonio, “Despido de trabajadores en situación de IT: equiparación de enfermedad con discapacidad” (comentario a la sentencia del TJUE, Sala 2ª, de 11 abril 2003), Actualidad laboral, 2013, n° 7-8, pp 985-987.

Rodriguez-Piñero Miguel y Fernández López Mª Fernanda, Igualdad y Discriminación, Tecnos 1986, Madrid, pp 339.

Serra Cristóbal Rosario Cdra: AAVV “La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo”, Monografía 851 de Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp 361

Sagardoy Bengoechea Juan Antonio; Los derechos fundamentales en el contrato de trabajo, Cuadernos Civitas, Ed Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, pags 11- 32.

Sánchez Cervera Senra José Manuel & José Manuel Sánchez Cervera Valdés: Los trabajadores discapacitados; Monografías Laborales, CISS PRAXIS, 2000, pgs 19-33.

Torrents Margallef, Jorge en Los derechos de seguridad y salud de los trabajadores discapacitados, Dtor Fernando Valdés Dal-Re, Relaciones laborales personas con discapacidad; Madrid, Eds Biblioteca Nueva, Fundación Francisco Largo Caballero, Fundación ONCE, Fundación José Ortega y Gasset, 2005, pgs 247-280, 411 p

Tuset del Pino, Pedro, Diccionario legal de las Minusvalías, Thomson Aranzadi, Navarra 2005, pp 425

Urriés Jordán de, Francisco de Borja y otros, Empleo y Protección Económica de las Personas con Discapacidad, Servicio de Información sobre Discapacidad, dic 2009, pgs 7-8..

Wells Katie: The Impact of the Framework Employment Directive on UK Disability Discrimination Law, Industrial Law Journal, Industrial Law Society Oxford University Press, 2003, Vol 32 n° 4, pgs 253-273.

Zufiaur José María Coordinador “Los Retos de la Igualdad en el Trabajo”, Fundación Francisco Largo Caballero 1ª ed, 2009, 384 p

TESIS DOCTORAL

LA DISCAPACIDAD COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL

I- PARTE PRIMERA

INTRODUCCIÓN

I.1- Antecedentes

Cuando inicié los estudios de Doctorado, en la rama de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, elegí aquellas materias relacionadas con el principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales porque, como he podido comprobar durante mi carrera profesional, están muy presentes en la vida laboral, afectan a la dignidad de los trabajadores y son de compleja acreditación fáctica.

Mi carrera profesional, orientada en sus inicios hacia la ingeniería¹, comienza en una multinacional belga del sector químico, septiembre 1962, aunque con anterioridad había trabajado como profesor ayudante de prácticas de física general y de dibujo técnico.

En 1969 me contrata una empresa de ingeniería e instalaciones industriales, con centros de trabajo en toda España, desempeñando tareas técnicas y directivas en colaboración con empresas de USA, Francia, Italia y Alemania. Durante esta etapa, que dura hasta 1983, se producen profundas

¹ ETPI Santander 1956/1961 e Institute Technique Professionnel París.1965/1968

transformaciones en la sociedad española, se aprueba la Constitución de 1978², por la que España se constituye en Estado Social y Democrático de Derecho, y se inicia una profunda transformación de todo su sistema jurídico-político y normativo, con especial significación en el régimen jurídico de las relaciones laborales³.

En este contexto, buscando nuevos caminos humanos y profesionales, obtengo la licenciatura de Derecho⁴ en 1980.

En una segunda etapa, que se inicia en mayo de 1983, me incorporo al sector público regional en tareas legislativas y de gobierno hasta junio de 1991, año en el que empiezo una tercera etapa volviendo al sector privado de ingeniería e instalaciones para la industria y los servicios, etapa que concluye en diciembre de 2004.

Durante mi carrera profesional he conocido situaciones relacionadas con problemas de igualdad y discriminación, que llamaban mi atención por su falta de homologación con los usos laborales que encontraba durante mis estancias profesionales en el extranjero, especialmente por la ausencia de personas con discapacidad en los centros de trabajo pues, por motivos familiares, tengo muy presente la importancia que tiene la actividad laboral para la integración social de las personas con discapacidad.

² Constitución Española, BOE num 311, de 29 diciembre de 1978

³ Ley 8/1980, de 10 marzo, del Estatuto de los Trabajadores, BOE num 64, de 14 marzo.

⁴ Licenciado Derecho Universidad Complutense 1976/1980.

En enero de 2005, recuperé mi antigua licenciatura de Derecho (había terminado en 1980) y me propuse dar un giro completo a mi carrera profesional. Después de realizar el “curso general de acceso a la abogacía” de la Escuela de Práctica Jurídica⁵, empiezo a ejercer como abogado en cuestiones laborales (también de familia) y recupero la pausa necesaria para profundizar en los problemas derivados de la desigualdad y discriminación que pueden sufrir las personas con discapacidad en el sector laboral. Durante este proceso de reflexión, en el que confronto mi experiencia empírica con la razón jurídica, me decido por iniciar los estudios de Doctorado⁶ en esta materia.

Las asignaturas que escogí para el periodo de docencia fueron:

- a)- jurisprudencia constitucional de trabajo y seguridad social
- b)- visión comparada del derecho laboral en los países de UE
- c)- el principio de estabilidad en las relaciones laborales
- d)- aspectos laborales de la reforma del derecho concursal
- e)- igualdad, diversidad y derecho del trabajo.

Concluido el periodo de docencia, decidí centrar mi trabajo de investigación⁷ en la discapacidad como factor de discriminación en las relaciones laborales ordinarias. Comprobé que me encontraba ante una

⁵ Curso general formativo para el acceso a la profesión de Abogado, Escuela de Práctica Jurídica, Universidad Complutense de Madrid, 2003/2004

⁶ Solicitud de admisión a programas de Doctorado formalizada el 15 septiembre 2004, en la Facultad de Derecho Universidad Complutense Madrid.

⁷ Diploma de Estudios Avanzados, DEA, Facultad de Derecho, Universidad Complutense Madrid, 30 enero 2007

realidad compleja, difícil de abarcar en un trabajo de esa naturaleza y que resultaría incompleta sin añadir el empleo protegido y el autónomo. Opté por realizar una presentación del problema, dejando abierto el camino para realizar un estudio más comprensivo cuando realizara mi Tesis Doctoral.

El título de esta Tesis “*La discapacidad como factor de discriminación en el ámbito laboral*” surgió con la pretensión de aportar una visión comprensiva de la cuestión, siendo su objeto y fuentes los que se indican a continuación.

I.2- Objeto

“*La discapacidad como factor de discriminación en el ámbito laboral*”, podría entenderse como la discriminación que se pone de manifiesto fruto de una contraprestación laboral determinada. Sin embargo, de acuerdo con el objeto que propugno “discriminación en el ámbito laboral” tiene un alcance más amplio; ámbito⁸ puede definirse como “*el espacio ideal configurado por las cuestiones y los problemas de una o varias actividades o disciplinas relacionadas entre sí*”, lo que nos permitiría ampliar, más allá de la propia relación contractual, el espacio sobre el que proyectar nuestra mirada.

No se trata, pues, de una tesis epistemológica sobre discriminación y discapacidad aunque, lógicamente, contemplo los aspectos terminológicos y conceptuales de ambas, sino de buscar las fisuras existentes en el régimen

⁸ Diccionario de la Lengua Española, tomo I, Real Academia Española, Ed Espasa Calpe SA, edición 22 Madrid 2001, pp 1180.

jurídico aplicable a las personas con discapacidad en el ámbito laboral que pudieran permitir, consentir o facilitar la situación fáctica observada.

La Tesis que presento entiende que el “ámbito laboral” se configura como un nuevo espacio jurídico, que trasciende la propia relación contractual y se proyecta mas allá de los límites del centro de trabajo, en el que los derechos de las personas con discapacidad tienen que respetarse de conformidad con el art 14 de la Constitución Española.

Como dice el profesor Fernando Valdés Dal-Re⁹,

“Los poderes públicos y, más en general, la sociedad, están obligados, moral y jurídicamente, a tomarse en serio los derechos de las personas con discapacidad”.

Así las cosas, el “ámbito laboral” puede extenderse a otras actividades de la “*vida laboral diaria*”; coger un transporte público, acceder al centro de trabajo, tener movilidad garantizada, disponer de instrumentos, equipos y un puesto de trabajo adaptado o tener acceso a prótesis adecuadas, bien sea en el sistema laboral ordinario, en el que el trabajador con discapacidad se relaciona y compite, mayoritariamente, con otras personas sin discapacidad, en el especial o protegido, concebido específicamente para personas con discapacidad, o bien en el de trabajo autónomo

⁹ Dal-Re Fernando Valdés, Derechos en serio y personas con discapacidad en AAVV Relaciones laborales de las personas con discapacidad, Director Fernando Valdés Dal-Re, Ed Biblioteca Nueva,S.L, Fundación Francisco Largo Caballero, Fundación ONCE, Fundación Ortega y Gasset, Madrid,2005, pp 386.

económicamente dependiente¹⁰ que se rige por una relación contractual dentro de un marco normativo propio.

La condición subjetiva se refiere a personas con discapacidad, entre 16 y 64 años, que buscan o tienen empleo, comprendiendo:

- a) La relación laboral ordinaria.
- b) La relación laboral especial (Centros Especiales de Empleo y Enclaves Laborales).
- c) La actividad laboral como autónomo económicamente dependiente.

La metodología seguida y las fuentes consultadas se incluyen en el siguiente capítulo.

1.3-Metodología y fuentes

1.3.1) Metodología: el paradigma normativo.

Determinado el objeto de la presente Tesis, la metodología aplicada utiliza el método inductivo para comprobar si existe una proposición general- la existencia de discriminación de las personas con discapacidad en el ámbito laboral- que ratifique, con suficiente grado de certeza, la observación fáctica originaria.

Para ello contemplo la dimensión internacional, el marco normativo español y la tutela jurisprudencial (Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunales Europeos, TJUE y TEDH) para situarme,

¹⁰ Ley 20/2007, de 11 de junio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, BOE num 166 de 12 julio 2007.

desde una perspectiva desagregada, en el nuevo espacio jurídico que propugno, el “ámbito laboral”.

Finalizo la presente Tesis estableciendo conclusiones y sugiriendo propuestas.

La fecha de cierre de esta Tesis, para la toma en consideración de las diversas fuentes, tanto documentales como normativas o jurisprudenciales, ha sido el 31/12/2013, responde a la necesidad de establecer un periodo con cierta consistencia evolutiva, al tiempo que facilita el trabajo de corrección y consultas antes de la edición final. No obstante, cuando en fecha posterior a la de cierre, se ha producido alguna novedad considerada de interés para esta Tesis, si he podido, la he incorporado al presente trabajo.

Metodológicamente me apoyo en la definición de un marco normativo de referencia que denomino **paradigma normativo**, y en la delimitación conceptual de un nuevo espacio jurídico: “**el ámbito laboral**”

El paradigma normativo permite caracterizar los sistemas en estudio¹¹ dentro de un marco formal prefigurado por el respeto a los principios de igualdad ante la ley y no discriminación. **El ámbito laboral** define un nuevo espacio jurídico en el que se contemplan, comprensivamente, los problemas que afectan al acceso al empleo y condiciones laborales de las personas con discapacidad.

¹¹ Solo se contemplan normas estatales en estados centralizados y federales en estados federales. En España no se incluyen las normas de las Administraciones públicas incluidas en el Título VIII de la Constitución Española: Comunidades Autónomas Ayuntamientos, Diputaciones provinciales y Cabildos insulares.

El paradigma normativo contempla los siguientes modelos:

- a) modelo constitucional, comprensivo y expícito: existe un mandato constitucional que contempla la igualdad ante la ley y prohibición de discriminación de las personas con discapacidad, existe una regulación normativa que afecta al ámbito laboral, de integración social y asistencial y la definición de personas con discapacidad es suficientemente explícita.
- b) modelo comprensivo y explícito: no existe mandato constitucional expreso, pero existe legislación adecuada y explícita.
- c) modelo laboralizado: no existe mandato constitucional expreso y la regulación normativa solo contempla la integración laboral

Defino¹² **“el ámbito laboral”** como *“el espacio jurídico ideal configurado por las cuestiones o los problemas de la actividad laboral”* en el que deben protegerse los derechos de igualdad ante la ley y no discriminación de las personas con discapacidad en el empleo y la ocupación, la consideración de género, salud y seguridad laboral, conciliación de la vida familiar y laboral, negociación colectiva y fiscalidad. Incluye, además, su relación funcional con el espacio físico; movilidad desde y hacia el centro de trabajo, accesibilidad y adaptabilidad del entorno laboral.

La movilidad, sin duda, incluye el tránsito entre vivienda y trabajo, vinculación que no es nueva en el derecho del trabajo, pues la doctrina

¹² La Real Academia Española define ámbito como *“el espacio ideal configurado por las cuestiones y los problemas de una o varias actividades o disciplinas relacionadas entre sí”*. Ver desarrollo conceptual en epígrafe II.1.3 *“El ámbito laboral”: Un nuevo espacio jurídico*.

social ha considerado los accidentes “in itinere” como accidentes de trabajo, entendiendo, con razón, que las lesiones corporales que sufra un trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo por cuenta ajena que realiza, en el centro de trabajo o bien en tránsito a o desde su puesto de trabajo al domicilio, está inserto, dentro de ciertas condiciones, en el sistema de contingencias cubierto por la Seguridad Social y del que se derivan determinadas consecuencias jurídicas.

En cuanto a la accesibilidad al puesto de trabajo y la adaptación de éste al trabajador, tanto en el aspecto material como en el formativo, no hay duda de que son factores condicionantes para la incorporación y ejercicio diario de la actividad laboral de las personas con discapacidad.

Llegados a este punto conviene, a modo introductorio, que incorpore algunas notas conceptuales relativas a discapacidad y discriminación sin perjuicio, claro está, de la necesaria ampliación que incluyo en la PARTE SEGUNDA, capítulo II.1¹³.

Discapacidad, según definición de la Real Academia Española¹⁴, es la cualidad de discapacitado y éste se define como *“una persona que tiene impedida o entorpecida alguna de las actividades cotidianas consideradas normales, por alteración de sus funciones intelectuales o físicas”*.

¹³ De interés el trabajo de Palacios Agustina y De Lorenzo Rafael en Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional, en Los Derechos de las personas con discapacidad, AAVV Dtor Javier La Orden, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp 3-125, de 971.

¹⁴ Diccionario de la Lengua, Real Academia Española, Ed Espasa Calpe SA, Madrid, 22 edición, tomo 1, pp 1.180

En España, como explico en el capítulo II.1, el antecedente terminológico es el vocablo minusválido y minusvalía su condición¹⁵ que, incorporado a la Ley de Integración Social de los Minusválidos de 1982¹⁶, LISMI, se ha mantenido en textos posteriores hasta su sustitución por los términos discapacidad y personas con discapacidad¹⁷, como acertadamente recoge el RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su integración social TRLGDPD.

La minusvalía, en la LISMI, se definía como una deficiencia previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en las capacidades físicas, psíquicas o sensoriales del sujeto que disminuían las posibilidades de integración de la persona en la sociedad. Un minusválido era, art 7.1, *“toda personas cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”*.

Las definiciones precedentes, ancladas en el modelo médico-económico de la discapacidad, han ido evolucionando hacia una visión social que,

¹⁵ Tuset del Pino, Pedro, Diccionario legal de las Minusvalías, Thomson Aranzadi, Navarra 2005, pp 425, *“tras sustituirse los términos subnormalidad y subnormal de los textos legales hasta entonces vigentes, conforme a una disposición de febrero de 1986”* Tuset del Pino realiza una estimable aportación “para comparar las distintas terminologías que aparecen en los textos, tanto nacionales como internacionales, para aproximarnos en relación con los conceptos existentes”

¹⁶ Art 7 de la Ley 13/1982, de 7 abril, de integración social de los minusválidos, BOE num 103 de 30 abril 1982.

¹⁷ Artículos 2a y 4.1 Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada por el RD Ley 1/2013, de 29 noviembre, BOE num 289 de 3 diciembre 2013.

incorporadas a nuestro sistema jurídico, primero por la LIONDAU y más tarde por el TRLGDPD, suponen un cambio terminológico y conceptual de gran calado *“se insertan tres dispositivos cruciales para la efectividad de los derechos que propugna este modelo, que son, a saber: el diseño para todas las personas, la accesibilidad universal y los ajustes razonables”*¹⁸.

Así, la discapacidad (artículo 2.a) se define como *“una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*. Y las personas con discapacidad (artículo 4.1) como *“aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*. Definiciones y términos no coincidentes con los utilizados por la LISMI, aunque próximos a los de la LIONDAU¹⁹.

Los precedentes pueden encontrarse en la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías, CIDDM, 1.980, de la

¹⁸ Pérez Bueno Luis Cayo “La configuración jurídica de los ajustes razonable” en AA.VV 2003/2012: 10 años de legislación sobre discriminación de personas con discapacidad en España, Dtor Cayo Pérez Bueno Luis, Cdora Álvarez Ramírez Gloria, CINCA Madrid 2012, 466 pp

¹⁹ Las leyes 13/1983, de 7 abril, integración social de los minusválidos, LISMI y 51/2003, de 2 diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, LIONDAU, representa dos importantes hitos legislativos que, en virtud de la disposición final segunda de la Ley 26/2011 de 1 de agosto, incluyendo a la Ley 49/2007, de 26 diciembre, se regularizan, aclaran y armonizan por el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su integración social, aprobado por el RDL 1/2013, 29 noviembre, que las deroga.

Organización Mundial de la Salud, OMS²⁰, que define la discapacidad *“como una restricción del funcionamiento de una actividad, ocasionada por una deficiencia, en la forma o dentro del ámbito considerado normal para el ser humano”*. Para este modelo utilitarista, la discapacidad tiene una causa subjetiva o patológica con la consiguiente carga médica y económica para la sociedad. Esta concepción de la discapacidad, ha encontrado, desde hace tiempo, la oposición de organizaciones sociales defensoras de los derechos civiles, como la Union of the Physically Impaired Against Segregation, UPIAS, del Reino Unido, que desde 1976 viene insistiendo sobre la toma en consideración de un modelo social de la discapacidad, que valore las dificultades que la sociedad impone a las personas con discapacidad para su integración. Para este modelo, la integración social de las personas con discapacidad es impedida por las barreras que establece la sociedad.

En 2001, la OMS revisa la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías, CIDDM, que pasa a denominarse Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud, CIF, en la que conviven o se integran el modelo utilitarista, médico-económico, y el modelo social, pero con un resultado favorable al primero.

²⁰ Tanto Quintanilla Navarro, Beatriz en “Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad” AA.VV Relaciones laborales de las personas con discapacidad Ed Biblioteca Nueva, Madrid 2005, pp 205-245, como Tuset del Pino, Pedro, en su Diccionario Legal de las Minusvalías, Thomson Aranzadi, Navarra 2005, pp 425 y García Quiñones, Juan Carlos; El concepto jurídico laboral de discapacitado; AAVV Relaciones laborales personas con discapacidad, Ed Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp 29/87.(de 411); aportan notas historiográficas en relación con esta materia.

Como señala el Consejo Económico y Social de la ONU²¹, en su programa de “Incorporación de la perspectiva de la discapacidad en el programa de desarrollo”, cap II, apartado 12, señala que: *“Los estudios han demostrado que en los países en desarrollo, entre un 80% y un 90% de las personas con discapacidad en edad de trabajar están desempleadas, en tanto que en los países industrializados esta cifra oscila entre el 50% y el 70%. El acceso a la educación y la capacitación, los planes de microcrédito y las oportunidades empresariales, las políticas de recursos humanos inclusivas y no discriminatorias, las instalaciones adecuadas en el lugar de trabajo y las leyes contra la discriminación son algunos de los factores principales que contribuyen a la creación de igualdad de oportunidades en el mercado de trabajo para las personas con discapacidad. A menudo los empleadores se resisten a emplear personas con discapacidad porque creen que éstas no estarán en condiciones de cumplir satisfactoriamente sus tareas y obligaciones y aumentarán los costos de mano de obra es necesario contemplar los derechos de las personas con discapacidad desde una perspectiva comprensiva y social”*

El profesor Fernando Valdés Dal-Re²² resume adecuadamente la cuestión cuando dice:

²¹ Comisión de Desarrollo Social del Consejo Económico y Social de la ONU, “Incorporación de la perspectiva de la discapacidad en el programa de desarrollo” doc E/CN.5/2008/6, cap II “Consideraciones prácticas para la adopción de la perspectiva de la discapacidad en el desarrollo” apartados 7 y 12 (entre otros) pp12.

²² Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos, relaciones Laborales de las Personas con Discapacidad, Biblioteca Nueva, 2005, pag 372.

“El problema principal de la discapacidad no reside en la persona del discapacitado, sino fuera de ella, en la sociedad, derivado de estructuras, prácticas y comportamientos que impiden a determinadas personas hacer uso de sus capacidades. En definitiva, la discapacidad es un concepto social”.

Esto es, combinar los aspectos financieros, educacionales, formativos y de adaptación del entorno físico, además de una legislación antidiscriminatoria adecuada, de tal forma que entren en consideración no solo las capacidades individuales, sino la disponibilidad o accesibilidad del entorno para que la persona pueda desenvolverse sin discriminación alguna, superando la visión utilitarista, médico-económica, de la discapacidad.

Discriminación: Ni la Constitución Española ni el derecho positivo incluyen una definición expresa y comprensiva de discriminación²³, por lo que resulta especialmente oportuna la definición del art 2º b) del TRLGDPD, relativa a “igualdad de oportunidades” que permite una definición del siguiente tenor:

“cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculiza o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales en cualquiera de los ámbitos de la vida”.

²³ De interés el trabajo de Quintanilla Navarro Beatriz, “Discapacidad y discriminación: de la igualdad de trato a la accesibilidad universal”, en Relaciones Laborales, revista crítica de teoría y práctica, nº 1 2006, pp 363 a 398. que incluye una definición jurisprudencial que se compendia como “una situación de desventaja, de exclusión, de dificultad o de minusvaloración hacia ciertos colectivos tradicionalmente en peores condiciones que el resto de los ciudadanos para acceder a los derechos básicos de la vida”
Por supuesto, en diferentes textos normativos como la LISMI y la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, y en la Directiva 2000/78 CE, traspuesta por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre se encuentran definiciones parciales, no generales.

La jurisprudencia constitucional, no obstante, ha llenado este vacío conceptual.

La Real Academia Española²⁴ define el vocablo discriminación como la “acción y efecto de discriminar”, y discriminar es un verbo transitivo que tiene dos acepciones “*seleccionar excluyendo*” o “*dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, discapacidad, origen, etc*”.

Nuestra Constitución, artículo 14, incluye el principio de igualdad y no discriminación²⁵ mediante dos incisos: “*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”, que cuentan con abundante jurisprudencia constitucional²⁶.

La prohibición de discriminación exige que los criterios, o factores, de diferenciación, no se apoyen en algunos de los prohibidos radicalmente por el precepto constitucional.

Así, la sentencia del TC 62/2008, de 26 mayo, en su FJ5 dice:

“teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de

²⁴ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Ed. Espasa Calpe SA, vigésima segunda edición, Tomo 1 Madrid, 2001, pp 1.180.

²⁵ Imprescindible Miguel Rodríguez-Piñero y M^a Fernanda Fernández López, Igualdad y Discriminación, Tecnos 1986, Madrid, pp 339.

Ver también AAVV En torno a la igualdad y la desigualdad, Dtor Sánchez González Santiago, Dykinson, Madrid, 2009, pp 257.

²⁶ Entre otras: SSTC 62/2008, 26 mayo(FJ5); 3/2007, 15 enero (FJ2), 41/2006, 13 febrero(FJ6); 161/2004, 4 octubre (FJ3), 37/2004, 11 marzo (FJ3); 39/2002, 14 febrero (FJ4).

diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes”.

El fenómeno discriminatorio, debido a su interseccionalidad, tiene efectos acumulativos que requieren la aplicación de políticas activas de carácter transversal para su neutralización.

En el capítulo II.2, se contempla la dimensión internacional, europea y comparada, bajo el impulso recibido a partir de la Declaración Universal de Los Derechos Humanos, de 1948, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950, el Convenio 111 de la OIT sobre discriminación en el empleo y la ocupación, de 1958 y, más recientemente, la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad, de 2006, con contenidos claramente proteccionistas de la igualdad y la dignidad humanas²⁷, especialmente beligerantes contra la discriminación por origen, raza, religión, edad y discapacidad.

En el capítulo II.3 me detengo en el Marco normativo español²⁸, especialmente: trasposición de la Directiva 2000/78 CE, de 27 noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en

²⁷ AAVV, Ignacio Campoy Cervera: Reflexiones acerca de los derechos de las personas con discapacidad; ED Ignacio Campoy Cervera, Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson SL, 2004, pp 284.

²⁸ Ver nota 11, en relación con las normas españolas contempladas en esta Tesis.

el empleo y la ocupación, por la Ley 62/2003²⁹, de 30 diciembre, de medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, la Ley 13/1982³⁰, de 7 de abril, Integración Social de los Minusválidos, LISMI, la Ley 51/2003³¹, de 2 de diciembre, Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad, LIONDAU, y la Ley 49/2007³², de 26 diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y la derogación de estas tres últimas por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, publicado en el BOE del 13 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, TRLGDPD.

En la PARTE TERCERA, desde una perspectiva desagregada, examino la situación normativa y de facto de las personas con discapacidad en el ámbito laboral.

En la PARTE CUARTA, dedicada a la tutela jurisdiccional, me refiero a las sentencias relativas a discriminación por discapacidad en el empleo³³,

²⁹ BOE num 313, de 31 diciembre 2003.

³⁰ BOE num 103, de 30 abril 1982.

³¹ BOE num 289, de 3 diciembre 2003

³² BOE num 310, de 27 diciembre 2007

³³ Coincido con Mora Gonzalez Vicente “que en las estadísticas judiciales, sorprendentemente, no se encuentra rastro de información sobre demandas y resoluciones judiciales en materia de discriminación” En “La no discriminación en el empleo de personas con discapacidad” AA.VV 2003/2012: 10 años de legislación sobre discriminación de personas con discapacidad en España, Dtor Cayo Pérez Bueno Luis, Cdora Álvarez Ramirez Gloria, CINCA Madrid 2012, pp 289-302, de 466 pp

emitidas por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, desde enero del año 2001 (vigente la Directiva 2000/78, 28 noviembre) hasta diciembre del 2013 (fecha de cierre de la presente Tesis), así como las últimas resoluciones (a 31/12/2013) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre la materia. Sentencias que incluyo en el ANEXO I ³⁴.

La PARTE QUINTA contiene las conclusiones, Cap V.1, que se desprenden de las materias analizadas anteriormente, agrupadas alrededor de tres bloques teóricos: una nueva consideración de la discapacidad, el paradigma normativo y el ámbito laboral. Cierra esta parte el Cap V.2 con la formulación de varias propuestas de alcance normativo e institucional.

Cierra esta Tesis una relación bibliográfica de textos y documentos, que se completa con una tabla de las siglas y cuadros utilizados.

En resumen, la Tesis se estructura en CINCO PARTES, cada una con sus correspondientes capítulos y apartados, precedidas de un resumen en español, inglés y de la bibliografía utilizada.

PORTE PRIMERA, capítulos 1.1, 1.2 y 1.3, incluye antecedentes, objeto, metodología y las fuentes utilizadas.

³⁴ Aunque la fecha de cierre para referencias normativas y jurisprudenciales es el 31/12/2013, haciendo las correcciones finales del texto veo comunicado de prensa del TJUE nº 183/14 relativo a la resolución del asunto C-354/13 caso Karsten Kaltoft /Kommunernes Landsforening en el que se estima que la obesidad, en determinadas circunstancias, puede considerarse como una discapacidad y por lo tanto una acción discriminatoria por obesidad quedaría incluida dentro de las causas de discriminación por discapacidad contemplados en la Directiva 2000/78 CE, de 27 noviembre.

La PARTE SEGUNDA, capítulos II.1, II.2 y II.3, entra en las definiciones de discapacidad, discriminación, las acciones positivas y la definición del nuevo espacio jurídico contemplado: “El ámbito laboral”.

Seguidamente me aproximo a la dimensión internacional del problema que nos ocupa; Organizaciones Internacionales, ONU y OIT, y Tribunales Europeos, además de una visión comparada de los sistemas existentes en EE.UU, Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y Países Nórdicos.

Se completa esta PARTE con una inmersión en el sistema normativo estatal, y concluyo con una valoración de los compromisos que los agentes sociales establecen sobre estas materias.

La PARTE TERCERA, capítulos III.1 a III.8, incluye el estudio de la discapacidad y discriminación en el “ámbito laboral”, desde una perspectiva desagregada, contemplando los aspectos que afectan al empleo, accesibilidad y adaptabilidad, género, seguridad y salud laboral, conciliación de la vida laboral y familiar, negociación colectiva y fiscalidad.

En la PARTE CUARTA, capítulos IV.1, IV.2 y IV.3, estudio la tutela jurisdiccional frente a la discriminación en función de la discapacidad en el “ámbito laboral”, incluyendo jurisprudencia de los tribunales españoles, TS y TC, y europeos, TJUE TEDH, obtenida con las palabras clave de discriminación y discapacidad.

La PARTE QUINTA, capítulos V.1 y V.2, recoge conclusiones y propuestas

El ANEXO I contienen el contenido integro de la Jurisprudencia utilizada del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Las referencias bibliográficas y documentales, así como una tabla de siglas, completan el contenido de la presente Tesis.

1.3.2) Las fuentes de referencia. Las fuentes primarias consultadas han sido las publicaciones oficiales de cada uno de los países y organizaciones supranacionales considerados, tanto administrativas como judiciales, así como los documentos auténticos emanados de organizaciones sindicales, patronales, empresariales y gubernamentales, cuando constituyen informes, resoluciones o acuerdos.

Las fuentes secundarias son libros, revistas, artículos y otras publicaciones citadas en la base documental de esta Tesis.

Las fuentes primarias de organizaciones supranacionales consultadas son: Bases de datos de Naciones Unidas, www.un.org/es/documents, las de su organismo especializado OIT, www.ilo.org, y el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, DOUE, antes DOCE, www.cde.ua.es, las directivas y resoluciones de la UE (entre ellas el Tratado de Amsterdam , la Directiva 2000/78/CE, y la Convención sobre Derechos Humanos de las

Personas con Discapacidad, ONU, que entró en vigor en España el 3 de mayo de 2008, BOE 91, 23 abril 2008).

Las fuentes comparadas se han agrupado en dos bloques; Estados Unidos de Norteamérica y países europeos (Alemania, Francia, Italia, Reino Unido, Países Nórdicos)³⁵.

El primer bloque incluye el sistema vigente en EE.UU³⁶, Rehabilitation Act de 1973 y ADA 1990 y ADA, Amendments Act de 2008, de gran influencia en el desarrollo de los sistemas antidiscriminatorios de las democracias occidentales.

He utilizado como fuentes primarias el Unites State Code, Titulo 42, The Public Health and Welfare y PL 110 325 del Congreso USA, por medio de las bases de datos de la Government Printing Office, www.gpo.gov, y como fuentes secundarias los documentos que figuran en el anexo bibliográfico y documental.

Para el segundo bloque³⁷ he utilizado como fuentes primarias los documentos legislativos nacionales de cada país, www.bgbl.de, www.legifrance.gouv.fr, www.gazzettaufficiale.it, www.legislation.gov.uk, y como fuentes secundarias las indicadas en las referencias documentales de esta Tesis. Incluye las normas básicas de Alemania, Ley SGB IX (Sozialgesetzbuch IX), Francia, Code du Travail, Italia, Ley 68/1999, 12

³⁵ Ver Cap II.2.3,

³⁶ Ver Apdo II.2...3.1.

³⁷ Ver Apdo II.2.3.2,

marzo, para los derechos de las personas con discapacidad “Norme per il diritto al lavoro dei disabili” y Reino Unido, DDA 1995. Para el sistema básico de los países nórdicos se han utilizado los datos aportados por Bjorn Hvindem en Social Policy Administration, vol 37 y 38³⁸ .

Las fuentes primarias nacionales³⁹, se han obtenido de las publicaciones consolidadas del BOE, www.boe.es; entre ellas: Constitución Española, Ley 13/1982, de 7 abril, sobre Integración Social de los Minusválidos, LISMI, Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo, Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto, texto refundido Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, LISOS, Ley 51/2003, de 2 diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, LIONDAU, Ley 53/2003, de 10 diciembre, sobre Empleo Público de Discapacitados, EPD, Ley 56/2003, de 16 diciembre, de empleo, Ley 62/2003, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por el que se establece el Régimen de Infracciones y Sanciones en materia de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con Discapacidad, LISIONDAU, y Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de

³⁸ Ver Apdo II.2.3.2.e)

³⁹ Ver Apdo II.3.1.2

derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, TRLGDPD.

Completan el sistema de fuentes nacionales aquellas que tratan sobre el empleo de carácter especial en Centros Especiales de Empleo, entre ellos Reales Decretos 1451/1983, de 11 de mayo, regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de trabajadores minusválidos, modificado por el RD 170/2004, de 30 de enero; RD 1368/1985, de 17 de julio, regula la relación laboral de carácter especial de minusválidos que trabajen en Centros Especiales de Empleo; RD 2273/1985, de 4 de diciembre, regula los Centros Especiales de Empleo de minusválidos; RD 2274/1985, de 4 de diciembre, regula los Centros Ocupacionales para minusválidos; 2271/2004, de 27 de febrero, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad; RD 290/2004, de 20 febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

Las bases de datos del Instituto Nacional de Estadística, www.ine.es, han proporcionado la información relativa al mercado de trabajo.

En cuanto a jurisprudencia⁴⁰ sobre conflictos laborales surgidos como consecuencia de situaciones pretendidamente discriminatorias relacionadas con la discapacidad, se han analizado las sentencias que figuran en la base

⁴⁰ Ver Cap IV-1

de datos de jurisprudencia del Tribunal Supremo, www.poderjudicial.es/search/index.jsp y del Tribunal Constitucional, www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia. La jurisprudencia⁴¹ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha sido consultada en www.hudoc.echr.core.int y la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en www.curia.europa.eu/juris,⁴² en el periodo comprendido desde enero del año 2000, año de aprobación de la Directiva 2000/78, hasta diciembre de 2013⁴³, fecha de cierre de esta Tesis.

Completan el estudio de fuentes los Convenios Colectivos y Acuerdos Marco de ámbito nacional y los convenios colectivos sectoriales de ámbito provincial⁴⁴, publicados en las bases de datos del Boletín Oficial del Estado, BOE, www.boe.es, y en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, BOCM, www.madrid.org/boletin, respectivamente, sin olvidar los fondos editoriales de textos bibliográficos, estudios y monografías del Consejo General del Poder Judicial, www.poderjudicial.es

Para concluir el capítulo de fuentes, no puedo dejar de mencionar al Profesor Douglas Kruse⁴⁵ por las referencias documentales sobre la materia, a la Fundación REPSOL por la información facilitada, a la biblioteca del Ministerio de Empleo y Seguridad Social por las fuentes

⁴¹ Ver Apdos IV.1.1 y IV.1.2

⁴² Utilizando en la búsqueda las palabras clave “discriminación y discapacidad”

⁴³ Aunque la Directiva 2000/78 se aprobó en noviembre, a efectos de armonización temporal el plazo de búsqueda se situó en enero del año 2000.

⁴⁴ Ver Cap IV.2

⁴⁵ Kruse, Douglas, School of Management and Labor Relation, Rutgers University, New Jersey, USA.

documentales suministradas, a la Organización Sindical Comisiones Obreras por los documentos aportados y a la Unión General de Trabajadores por sus comentarios.

PARTE SEGUNDA

DISCAPACIDAD, DISCRIMINACIÓN Y ÁMBITO LABORAL:

II.1- Aproximación conceptual

II.1.1) Discapacidad: Evolución y situación actual.

La Real Academia Española⁴⁶, define la discapacidad como la cualidad de discapacitado; se dice de una persona *“que tiene impedida o entorpecida alguna de las actividades cotidianas consideradas normales, por alteración de sus funciones intelectuales o físicas”*.

En España, hasta 1970, el término subnormal (también el de mutilado para referirse a los afectados por secuelas de guerra) era el reconocido en nuestro sistema normativo⁴⁷.

A partir del Decreto del Ministerio de Trabajo 2531/1970⁴⁸, de 22 agosto, para el Fomento del Empleo de Trabajadores Minusválidos y las tres Ordenes del Ministerio de Trabajo de 24 de noviembre de 1971⁴⁹, por las que se desarrolla el decreto anterior, se crea el Servicio Social de Recuperación y Rehabilitación Social de Minusválidos, se dictan normas

⁴⁶ Diccionario de la Lengua, Real Academia Española, Ed Espasa Calpe SA, Madrid, 22 edición, tomo 1, pp 1.180. Discapacitado se usa también como sustantivo.

⁴⁷ Para el desarrollo de este apartado, en el aspecto evolutivo y conceptual, he considerado los trabajos de:
- García Quiñones, Juan Carlos; El concepto jurídico laboral de discapacitado; AAVV Relaciones laborales personas con discapacidad, Ed Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp 29/87. (de 411);
- Tuset del Pino, Pedro en “Diccionario Legal de las Minusvalías”, Thomson Aranzadi Navarra, 2005, pp 425.

- Alcáin Martínez, Esperanza; Legislación sobre discapacidad, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, pp 1.029.

⁴⁸ BOE num 221, 15/09/1970

⁴⁹ BOE num 287 del 01/12/1971

en materia de reconocimiento de la condición de minusválido y en materia de Formación Profesional, se abre camino el término minusválido y aparece el concepto de trabajador minusválido como aquel que estuviera afectado por una disminución de su capacidad física o psíquica en un grado no inferior al 33%.

La Ley 16/1976⁵⁰, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, art. 3.1.c), incluye como relación laboral de carácter especial el trabajo de las personas con capacidad física o psíquica disminuida, en lugar de minusválidos como era lo habitual en el sistema normativo de la época.

La Constitución Española, 6 de diciembre de 1978⁵¹, art 49, mandata a los poderes públicos para que realicen una política dirigida a las personas con discapacidad (refiriéndose a estas como “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos” en expresión totalmente rechazable) con el siguiente alcance literal:

“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”

En julio de 1979 se creó el Instituto Nacional de Servicios Sociales, INSERSO, mediante Real Decreto 1856/1979, de 30 de julio⁵², siendo una de sus misiones principales la protección de los minusválidos.

⁵⁰ BOE num 96 de 21/04/1976.

⁵¹ BOE num 311.1 de 29/12/1978

⁵² BOE num 182 de 31/07/1979

La Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores⁵³, art 4.2.c) siguiendo el patrón constitucional, se refiere a la prohibición de discriminaciones por motivo de “*disminuciones por razones físicas, psíquicas y sensoriales*”. Posteriormente la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo⁵⁴, vuelve a referirse a los minusválidos para establecer ventajas fiscales en los programas de Fomento del Empleo, art 13, referencia que se continúa con las normas de desarrollo, con alguna regresión significativa del Decreto 1723/1981⁵⁵, de 24 de julio sobre reconocimiento, declaración y clasificación de las condiciones de subnormal y minusválido, y la Orden⁵⁶ de desarrollo subsiguiente del 5 de enero de 1982, siguen insistiendo en las expresiones de subnormal y minusválido.

La Organización Mundial de la Salud, al objeto de unificar criterios y conceptos en este ámbito, estableció la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM), adoptado en Ginebra en 1980 (actualizada posteriormente bajo el nombre de Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y la Salud, CIF, durante la 54ª Asamblea Mundial de la Salud, mayo 2001), empleando los siguientes términos:

⁵³ BOE num 64 de 14/03/1980

⁵⁴ BOE num 250 de 17/10/1980

⁵⁵ BOE num 190 de 10/08/1981

⁵⁶ BOE num 60 de 11/03/1982

Deficiencia: Toda pérdida o anormalidad, de carácter permanente, de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, bien sea por enfermedad o accidente.

Discapacidad: *“la restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad, en la forma o dentro del margen que se considera normal para el ser humano”*

Minusvalía: *“Referida a toda situación desventajosa para un individuo, a consecuencia de una deficiencia o discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol normal en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales concernientes”.*

Sin embargo, fue la Ley 13/1982, de 13 abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI)⁵⁷, la que unifica la dispersa y poco precisa normativa existente, aporta seguridad jurídica e introduce un cierto rigor conceptual utilizando por primera vez la expresión “personas minusválidas”, art 7.1, para todas aquellas *“cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”*.

Las expresiones minusvalía y persona con minusvalía se abren paso desde la LISMI y se extienden por nuestro ordenamiento jurídico, aunque los términos subnormal y subnormalidad no serían definitivamente expulsados

⁵⁷ BOE num 103 de 30/04/1982

hasta el RD 348/1986⁵⁸, de 10 febrero, en el que por iniciativa del Ministerio de Trabajo, de acuerdo con la recomendación del Defensor del Pueblo, su artículo primero establece que:

“Los términos subnormalidad y subnormal contenidos en las disposiciones reglamentarias vigentes serán sustituidos por los de minusvalía y persona con minusvalía, con especificación, cuando proceda, de la naturaleza física, psíquica o sensorial de dicha minusvalía, con los mismos grados y derechos reconocidos”

Posteriormente el RD 1971/1999⁵⁹, de 23 diciembre, de Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración y Calificación del Grado de Minusvalía, con sus anexos 1(1A y 1B) y 2, utiliza la clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de la OMS, y su objeto se especifica en el artículo 1.

“La presente norma tiene por objeto la regulación del reconocimiento de grado de minusvalía, el establecimiento de nuevos baremos aplicables, la determinación de los órganos competentes para realizar dicho reconocimiento y el procedimiento a seguir, todo ello con la finalidad de que la valoración y calificación del grado de minusvalía que afecte a la persona sea uniforme en todo el territorio del Estado, garantizando con ello la igualdad de condiciones para el acceso del ciudadano a los beneficios, derechos económicos y servicios que los organismos públicos otorguen”

⁵⁸RD 348/1986, de 10 febrero, por el que se sustituyen los términos subnormalidad y subnormal contenidos en las disposiciones reglamentarias vigentes, BOE num 45 de 21/02/1986

⁵⁹ El RD 1971/1999, de 23 diciembre, de procedimiento para reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, BOE num 22, de 26 enero 2000, fue modificado en virtud de la Disposición adicional segunda que contiene la actualización terminológica y conceptual efectuada a raíz del RD 1856/2009, de 4 diciembre, BOE 311 por el que se da cumplimiento a la Disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 diciembre..

Para determinar el grado de minusvalía, hay que sumar las puntuaciones obtenidas por la aplicación de los baremos del anexo 1, 1A y 1B. El anexo 1A, contiene los valores de las deficiencias corporales y mentales que fijan el grado y clase de discapacidad, que se mide en porcentaje con un máximo de 75%, siendo el 25% el mínimo necesario para determinar la minusvalía. El segundo, 1B, incluye los factores personales y sociales que pueden agravar la discapacidad. La suma de los valores obtenidos en 1A y 1B dará el grado de minusvalía.

En cuanto a la dependencia⁶⁰ de las personas por causa de la edad, enfermedad o discapacidad, para la determinación del baremo correspondiente se estará a lo dispuesto en el artículo 27,2 de la Ley 39/2006⁶¹, de 14 diciembre.

La encuesta sobre deficiencias, discapacidades y estado de la salud, EDDDES 1999⁶², realizada por el Instituto Nacional de Estadística y utilizada como base de datos del Libro Blanco que, “Sobre Atención a las Personas en Situación de Dependencia”, realizó el Ministerio de Trabajo en

⁶⁰ “situación de una persona que no puede valerse por sí misma” Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua, tomo 1, 22ª edición, Espasa Calpe, Madrid, 2001, pp1180.

⁶¹ Ley 39/2006, 14 diciembre, de Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia, BOE núm 299, de 15 diciembre. Esta ley, como señalé anteriormente incluye una disposición adicional octava con el mandato de sustituir los términos de minusvalía y persona con minusvalía por discapacidad y persona con discapacidad y dio lugar al RD 1856/2009, de 4 diciembre por el que se modifica el título del RD 1971/1999, de 23 diciembre, añadiéndole la disposición adicional segunda, con las actualizaciones terminológicas correspondientes.

⁶² Instituto Nacional de Estadística, Encuesta sobre Deficiencias, Discapacidades y Estado de Salud 1999, Madrid, INE, agosto 2005, pgs 446.

diciembre de 2004⁶³, emplea otra clasificación: ABVD) actividades básicas de la vida diaria, y AIVD) actividades instrumentales de la vida diaria.

Ambas clasificaciones (RD 1971/1999 y Libro Blanco) tienen en común que se ordenan de menor a mayor dificultad para la persona dependiente.

El término discapacitado, se introduce por primera vez en el Real Decreto 27/2000⁶⁴, de 14 enero, relativo a las reservas de empleo del 2% para trabajadores discapacitados.

La 54ª Asamblea Mundial de la Salud⁶⁵, Ginebra 14 mayo 2001, (CIF 2001) introduce nuevas definiciones:

Déficit en el funcionamiento: (sustituye al término deficiencia) es la pérdida o anormalidad (como desviación significativa de la norma estadística) de una parte del cuerpo o de una función fisiológica o mental.

Limitación en la actividad: (sustituye al término discapacidad) son las dificultades que un individuo puede tener en la ejecución de las actividades. Las limitaciones en la actividad pueden calificarse en distintos grados, según supongan una desviación más o menos importante, en términos de cantidad y calidad, en la manera, extensión o intensidad en que se esperaría la ejecución de la actividad de una persona sin alteración de salud.

⁶³Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Libro Blanco de Atención a Personas en Situación de Dependencia, Madrid, Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, pgs 820.

⁶⁴ BOE num 22 de 26/01/2000

⁶⁵ Resolución de la Organización Mundial Salud WHA54.21, de 22 mayo 2001, por la que se aprueba la Clasificación del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud

Restricción de la participación: (sustituye al término minusvalía) son problemas que un individuo puede experimentar en su implicación en situaciones vitales. La presencia de restricciones en la participación es determinada por la comparación de la participación de un determinado individuo con la participación esperada de un individuo sin discapacidad en una determinada cultura o sociedad.

Barrera: son todos aquellos factores ambientales en el entorno de una persona que condicionan el funcionamiento y crean discapacidad. Pueden incluir aspectos como ambiente físico inaccesible, falta de tecnología apropiada, actitudes negativas de las personas hacia la discapacidad, inexistencia de políticas y servicios adecuados, etc.

En el Plan de Acción para el Empleo, de 19 septiembre de 2003, y el Plan de Acción para las Personas con Discapacidad, de 5 de diciembre 2003, la expresión “personas con discapacidad” aparece en los documentos programáticos para la acción.

Sin embargo, la consolidación de la expresión “persona con discapacidad” en el sistema positivo, se produce con la Ley 51/2003⁶⁶, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, LIONDAU, cuya importancia, en mi opinión, no ha sido suficientemente reconocida, quizá por el carácter fagocitario y entrópico de nuestro sistema de producción legislativa que,

⁶⁶ BOE num289 de 03/12/2003

unido al procedimiento seguido en su tramitación, privaron a la sociedad española de un debate necesario sobre los derechos de las personas con discapacidad. Tal vez, fruto de esta deficiente tramitación, el art 1.2 de la LIONDAU, introdujo cierta confusión conceptual respecto a la consideración de persona con discapacidad:

“A los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se las haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33%. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía igual o superior al 33% los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado total, absoluta o gran invalidez y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. La acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.”

Y claro, decenas de pensionistas entendieron que podrían obtener, en virtud de lo dicho en este artículo, el grado de minusvalía con validez en todo el territorio nacional y e iniciaron acciones para su reconocimiento que, en algunos casos, fueron estimadas en la instancia hasta que el TS, sala de lo social, sentencia de 20 junio 2007, FJ TERCERO, entre otras, introdujo la necesaria claridad interpretativa al art 1.2 de la Ley 51/2003, estableciendo que la condición o estatus de persona con **discapacidad** pertenece al grupo normativo de la Ley 13/1982 y no al de la Ley 51/200 y que la mención del art 1.2 de la Ley era aplicable solamente “a los efectos de dicha ley”. El R.D 1414/2006⁶⁷, de 1 de diciembre, por el que se determina la

⁶⁷ RD 1414/2006, de 1 diciembre, BOE num 300, de 16 diciembre 2006.

consideración de persona con discapacidad a los efectos de la ley 51/2003, aclaró definitivamente la situación.

La aprobación de la Ley 56/2003⁶⁸, de 16 de diciembre, de Empleo, y la 62/2003⁶⁹, de 30 diciembre, De Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (por la que se traspone la Directiva 2000/78 CE), se refieren de forma habitual a personas con discapacidad, de acuerdo con la pauta establecida por la LIONDAU.

La aparición del RD Legislativo 1/2013⁷⁰, de 29 noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, TRLGDPD, que deroga, unifica y reforma la Ley 13/1982, LISMI y la Ley 51/2003, LIONDAU y la Ley 49/2007, siguiendo la línea iniciada por la LIONDAU, constituye una ruptura conceptual con la visión medico económica de la discapacidad. Sobre el contenido y significado del Texto Refundido volveré más adelante, ahora toca reflejar la definición de discapacidad que contiene su art 2:

“a) Discapacidad: Es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”

⁶⁸ BOE num 301 de 17/12/2003

⁶⁹ BOE num 313 de 31/12/2003

⁷⁰ BOE num 289 de 3/12/2013

Pues bien, esta definición de discapacidad, perdió la ocasión de avanzar conceptualmente para extender “sus garantías al supuesto de enfermedad” cuestión en la que coincido con Escribano Gutierrez ⁷¹, y que ha dado lugar a pronunciamientos en el Tribunal Constitucional⁷² STC 62/2008, de 26 mayo, que no comparto como preciso más adelante⁷³, negando la consideración de la enfermedad, previsiblemente de larga duración, como una de las circunstancias personales o sociales del art 14CE ni tan siquiera como subsumible dentro del concepto de discapacidad para considerar un despido nulo en lugar de improcedente.

Del mismo modo la jurisprudencia del TJUE, consideró en la sentencia del caso C13/05, de 11 julio 2006, que la enfermedad no estaba incluida en las causas del art.1 de la Directiva 2000/78/CE, aunque años más tarde, sentencia del caso C335/11 de 11 abril, entendió que la enfermedad podía incluirse como una discapacidad. A todo ello me referiré más adelante, aunque el texto completo de las sentencias se incluye en el Anexo AI.3, de esta Tesis.

⁷¹ Escribano Gutierrez Juan “Enfermedad, discapacidad y discriminación desde la perspectiva nacional y comunitaria” Relaciones laborales, revista critica de teoría y práctica, nº5, 2007, pp 93-107.

⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2008, de 26 mayo.(FJ6) *Hemos de concluir, por todo ello, que una decisión de despido como la aquí analizada, basada en la pretendida incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo por razón de su enfermedad o de su estado de salud, podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye en sí misma una decisión discriminatoria*”. Ver comentarios en aapdo IV.1.3 y sentencia completa en Anexo AI.2 de esta Tesis.

⁷³ Y que amplio en PARTE CUARTA IV.1.3 Jurisprudencia del TC

Me permito ahora hacer una breve referencia al campo específico de la protección social⁷⁴, en la modalidad contributiva, como aquella reconocida a los trabajadores en situación de alta o asimilada a ésta y que cumplan el periodo mínimo de cotización exigido, bien sea por incapacidad o invalidez, porque pueden constituir, o constituyen, una antesala de la discapacidad. Aunque la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963⁷⁵, de 28 diciembre, utilizaba el término de invalidez, que se mantiene en el Real Decreto Legislativo 1/1994⁷⁶, de 20 de junio, arts 136 y ss, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, la modernización experimentada en virtud de la Ley 24/1997⁷⁷, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, art. 8.5, sustituyó el término invalidez por incapacidad, tanto en la LGSS como en las normas de desarrollo.

La incapacidad contemplada en la LGSS se clasifica en dos grupos: incapacidad temporal e incapacidad permanente. La incapacidad temporal contemplada en el artículo 128 y ss, es la *“debida a enfermedad común o profesional y a accidente sea o no de trabajo”* por una duración determinada no superior a 18 meses (12 meses ampliables otros 6). La incapacidad permanente, artículo 136 y ss, de la LGSS, se clasifica en

⁷⁴ Alvarez Patallo José Andrés, en “El procedimiento administrativo para la evaluación de la incapacidad permanente” Comares, Granada 2005, pp 127, detalla los aspectos sustantivos de esta materia que en su aspecto contributivo la competencia corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, INSS, y en el no contributivo a las Comunidades Autónomas.

⁷⁵ BOE num 312 de 30/12/1963

⁷⁶ BOE num 154 de 29/06/1994

⁷⁷ BOE num 164 de 16/07/1997

permanente parcial, por tener una limitación superior al 33% para desarrollar el trabajo habitual, permanente total por tener una limitación total para ello o permanente absoluta por tener una limitación absoluta para cualquier trabajo, siendo su alcance conceptual el siguiente:

Incapacidad temporal: tendrán la consideración de incapacidad temporal de situaciones debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, en un plazo de duración de 12 meses prorrogable por otros seis.

Incapacidad permanente: es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que dificulten o anulen su capacidad laboral. Se clasifica en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, de acuerdo con los siguientes grados:

- a) *incapacidad permanente parcial:* cuando resulta una disminución no inferior al 33% en el rendimiento normal del trabajador para su profesión, sin impedirle la realización de las actividades esenciales de la misma.
- b) *incapacidad permanente total:* aquella que inhabilita por completo al trabajador para realizar las actividades de su profesión, aunque pueda dedicarse a otra distinta.

c) *incapacidad permanente absoluta*: que inhabilita por completo al trabajador para cualquier profesión u oficio.

d) *gran invalidez*: consistente en la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente que, a resultas de pérdidas anatómicas o funcionales, necesita la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida como vestirse, comer o desplazarse.

Digamos que restringida total o parcialmente la capacidad laboral de la persona, después de haber estado sometida al tratamiento médico correspondiente, bien por lesión o enfermedad, se declara la incapacidad. La persona es “capaz” o “normal” si produce de acuerdo con un estándar y cuando no se alcanza, a juicio del empleador, puede dar lugar a situaciones de despido por circunstancias relacionadas con la salud⁷⁸, que la tutela antidiscriminatoria no contempla por no considerarlas incluidas entre las del artículo 14 CE.

Una vez aquí, no me resisto a comentar sucintamente la sentencia del Tribunal Constitucional 62/2008⁷⁹, de 26 de mayo, en relación con el recurso de amparo por supuesta vulneración del derecho a no ser discriminado por circunstancias personales en relación con la salud.

⁷⁸ Puede consultarse, entre otros, a:

-Escribano Gutiérrez, Juan; *Enfermedad, discapacidad y discriminación desde la perspectiva nacional y comunitaria*, Relaciones laborales, Vol 23,n5 , 2007 p 93 a 107.

-Fernández Docampo María Belén; *La salud del trabajador como causa de discriminación*, Nueva revista española de derecho del trabajo, N 162, 2014, p 71-93

⁷⁹ Sentencia Sala Primera del Tribunal Constitucional 62/2008, de 26 mayo, BOE 154 suplemento, de 26 junio 2008, que se comenta más adelante en apdo IV.1.3 de esta Tesis..

El Ministerio Fiscal, con buen criterio, a mi juicio, en su escrito de alegaciones interesa el otorgamiento del amparo por vulneración del artículo 14, y en consecuencia la nulidad del despido. Entiende el MF que *“se hace preciso distinguir entre la mera enfermedad, como alteración transitoria más o menos grave de la salud y que por lo tanto es susceptible de afectar a lo largo de su vida a cualquier ser humano, de aquel otro concepto que pudiera acaso denominarse como enfermedad avanzada o enfermedad recurrente, en la cual se alcanza un cierto grado de irreversibilidad, ya que la recuperación de la salud no resulta plena y definitiva o al menos un cierto grado de permanencia en el tiempo”*.

Sin embargo el TC, FJ5, párrafo segundo, dice *“en esta ocasión se cuestiona la posible discriminación por causa de un factor no listado en el precepto constitucional, cual es el estado de salud del trabajador, en concreto la existencia de una enfermedad crónica que se discute si resulta o no incapacitante para la actividad profesional del trabajador”* y más adelante, en el FJ6, párrafo primero, dice *“Pues bien, no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los contemplados en el artículo 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contempladas en el mismo.”*

Y más adelante FJ6, último párrafo *“Hemos de concluir, por todo ello, que una decisión de despido como la aquí analizada, basada en la pretendida incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo por razón de*

enfermedad o de su estado de salud, podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye en sí misma una decisión discriminatoria”

La situación defendida por el Ministerio Fiscal se corresponde, a mi juicio, con la interpretación que se desprende del art 7.1 Ley 13/1982 *“deficienciaprevisiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”* y su conexión con el art 14 II CE por considerar que una enfermedad de carácter permanente debe considerarse como una discapacidad. No se trataba de una incapacidad transitoria, sino de una situación que el Ministerio Fiscal apreció y por ello solicitó el otorgamiento del amparo solicitado, que finalmente fue denegado por el TC en la Sentencia. Realmente, la cuestión quedaría resuelta considerando este tipo de enfermedades como constituyentes de una discapacidad. Y el tiempo jurisprudencial avanza en esa dirección⁸⁰, porque haciendo las correcciones finales del texto, aunque la fecha de cierre para referencias normativas y jurisprudenciales es el 31/12/2013, veo comunicado de prensa del TJUE nº 183/14 relativo a la resolución del asunto C-354/13 caso Karsten Kaltoft /Kommunersnes Landsforening en el que se estima que la obesidad, en determinadas circunstancias, puede considerarse como una discapacidad y por lo tanto una acción

⁸⁰ Anticipado al final del cap 1.3 de esta Tesis.

discriminatoria por obesidad quedaría incluida dentro de las causas de discriminación por discapacidad contemplados en la Directiva 2000/78 CE, de 27 noviembre.

Llegados a este punto, conviene hacer una recopilación terminológica y conceptual de los términos a los que nos estamos refiriendo.

Deficiencia⁸¹ *“Toda pérdida o anormalidad, de carácter permanente, de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, bien sea por enfermedad o accidente”* que según el efecto que tienen sobre la persona en sus actividades de la vida diaria, determinan el grado de discapacidad.

Discapacidad⁸² *“es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”*.

Minusvalía⁸³ se refiere a *“toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”*.

La dependencia⁸⁴, es *“el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones de la edad, la enfermedad o la*

⁸¹ OMS definición CIDDDM, ver apartado epígrafe I.3.1.

⁸² Art 2a) Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada por RD Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, BOE num 289 de 3 diciembre 2013.

⁸³ Art 7.1 Ley 13/1982, de 7 abril, Integración Social de los Minusválidos, LISMI, BOE núm 103, de 30 abril

⁸⁴ Art 2.2 Ley 14/2006, de 14 diciembre, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, BOE num 299, de 15 diciembre.

discapacidad y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas para realizar actividades básicas de la vida diaria o en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”.

La incapacidad⁸⁵, sin embargo, hace referencia a la disminución o anulación de la capacidad laboral de una persona por causa de reducciones anatómicas o funcionales graves, a los efectos de obtener una prestación de la SS. Siguiendo a García Quiñones JC⁸⁶, que:

“la existencia o inexistencia de incapacidad, y en su caso, en qué grado, es siempre un juicio individual que tiene su sede natural de comprobación en los Equipos de Valoración de Incapacidades (EVI)...Sin embargo la aplicación del concepto de discapacitado dentro del ámbito laboral se enmarca dentro de una política legislativa global destinada a favorecer la integración social de los discapacitados.....”

Superado terminológica y conceptualmente el concepto de inválido en nuestro derecho, se mantienen vigentes los términos minusválido y discapacitado, si bien, por la carga inhabilitante que contienen (el/la discapacitado/a, el/la minusválido/a), se observa una propensión creciente a la utilización de la expresión “persona con discapacidad” que, empieza a poner el acento en “el modelo social de la discapacidad” y dirige su foco

⁸⁵ Álvarez Patallo, José Andrés, El procedimiento administrativo para la evaluación de la incapacidad permanente, Colección práctica de derecho social, ED COMARES, Granada 2006, pp 128

⁸⁶ García Quiñones Juan Carlos, “El concepto jurídico laboral de discapacitado” en AA.VV Relaciones laborales de las personas con discapacidad, Dres Valdés Dal Re Fernando y Lahera Forteza Jesus, Biblioteca Nueva SL, Madrid, 2005, pp 27-84.

hacia las barreras sociales, físicas, organizacionales o educativas existentes.

Las expresiones discapacidad⁸⁷ y persona con discapacidad han adquirido generalidad, contribuyendo a ello la disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 diciembre, y del RD 1856/2009, de 4 diciembre, y recientemente el Texto Refundido de la Ley General de las personas con discapacidad y de su inclusión social, TRLGDPD, aprobado por el RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. No obstante su penetración en el terreno laboral necesitará impulsos adicionales que, en mi opinión, no serán pacíficos. Ciertamente “laboralizar” a la persona con discapacidad tensionará los costes de adaptación y éstos, salvo que las ganancias de productividad lo permitan, migrarán al gasto público vía acciones positivas y de ahí retornarán de nuevo, vía impositiva, al coste empresarial. Este aspecto no puede ser ignorado; todo lo contrario.

Considérese que en las economías de mercado ampliamente globalizadas (la globalización es un presupuesto necesario para la expansión de la economía) todo se etiqueta y se valora. Las etiquetas responden a valores relacionales, de tal forma que si lo normal es una persona-trabajador (sin discapacidad) la persona con discapacidad “vale” menos y recibirá menos a cambio de su esfuerzo, aunque podrá compensarse mediante la aplicación de medidas de acción positiva, sean laborales, administrativas o de

⁸⁷,Sobre el concepto de discapacidad ver Alonso-Olea García, Belén Concepto de discapacidad y su distinción de otros afines, en Trabajo y protección social del discapacitado, Ed Bomarzo, 2003, pp 11-25.

protección social. Y como éstas medidas de acción positiva tienen un coste, son las primeras en desaparecer cuando se trata de mantener los déficits presupuestarios o los márgenes empresariales.

La existencia de dos grandes modelos que contemplan la interacción⁸⁸ de las personas con discapacidad y su entorno social, puede resumirse así:

a) modelo médico-económico: considera que la discapacidad se debe a una enfermedad o anormalidad física o mental de la persona que limita su capacidad de trabajo (tanto produces o trabajas, tanto vales). Es la persona la que debe adaptarse al medio.

b) modelo social: para los precursores de este modelo es la organización social la que debe ajustarse a las necesidades de las personas con discapacidad, en lugar de exigir a éstas que se adapten al entorno social.

El modelo médico-económico contiene una concepción utilitarista y por lo tanto instrumental. El modelo social, sin embargo, considera que una sociedad que no se adapte a las personas con discapacidad, impone a éstas unas **barreras** inaceptables y discriminatorias.

La implantación del modelo social, además de una voluntad decidida para admitir sus costes, exige que la discriminación por discapacidad esté

⁸⁸ Campoy Cervera Ignacio, en relación con esta cuestión, realiza unas “Reflexiones acerca de los derechos de las personas con discapacidad, pp 7-27, como introducción al volumen de AA.VV “Los Derechos de las personas con discapacidad; perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas”, Dykinson, Madrid, 2004, pp 284, en las que pone de manifiesto las dos formas de considerar a las personas con discapacidad, bien como poseedoras de un enfermedad que necesita tratamiento y ayudas económicas o bien como “*un colectivo de personas que se encuentran en una especial situación de desventaja social debido a que la sociedad ha construido un entorno preparado solo para un determinado standard de personas con unas determinadas características, y para solucionar este estado de cosas lo que se ha de reconocer la igualdad de oportunidades también de las personas con discapacidad.*” .

constitucionalizada como factor de discriminación, y presente en el ordenamiento positivo laboral, con la misma fuerza impeditiva que el origen, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o condición social.

Nuestro ordenamiento jurídico, sobre todo desde la entrada en vigor de la Directiva 2000/78 CE, traspuesta por la ley 62/2003, de 30 diciembre, y la aprobación de la Ley 51/2003, de 3 diciembre, LIONDAU, sustituida y derogada desde el 3 de diciembre 2013 por el RD Legislativo 1/2013, del 29 noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, TRLGDPD, abre una dimensión interpretativa de gran calado en la conexión de los derechos contemplados en el art.4 de esta con el principio de accesibilidad universal⁸⁹ :

Artículo 4 Titulares de los derechos

“1.-Son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

2.-Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos (el subrayado es mío), tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considera que presentan una discapacidad superior al 33 por ciento los pensionistas de

⁸⁹ Quintanilla Navarro, Beatriz, en su trabajo “Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad”, en Relaciones laborales de las personas con discapacidad, de AA.VV, Dtor Vádes DalRe Fernando y Lahera Forteza Jesús, Ed Biblioteca Nueva, Madrid, 2005 pp 236 -239 contempla un capítulo destinado a “las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación” que aunque referido a la LIONDAU, mantiene toda su actualidad.
Ver también epígrafe II.3.1.2 de esta Tesis.

la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total , absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos.”

En el ámbito laboral ordinario, pues, al amparo del art 4.1, la consideración de la discapacidad como factor de discriminación no necesitaría su valoración en grados ni clases. Se es o no persona con discapacidad con independencia del grado de valoración. Este sería necesario (art 4.2 “además de lo establecido en el apartado anterior....”) para obtener ayudas o prestaciones sociales, o bien para incluir a la persona en el sistema de Centros Especiales de Empleo, o en convenios especiales para el empleo de personas con discapacidad.

El TRLGDPD introduce cambios de tal calado que obligarán a modificar las bases estadísticas actuales (la Encuesta de Empleo de las Personas con Discapacidad, EPD, elaborada por el INE, toma en consideración la población de 16 a 64 años con certificado de discapacidad igual o superior al 33%) los criterios de acceso al empleo y la intensidad de las medidas de acción positiva, así como a la consideración de la enfermedad⁹⁰, previsiblemente de larga duración (que no es lo mismo que permanente) como una circunstancia incluida dentro del concepto de discapacidad, tesis

⁹⁰ Fernández Docampo María Belen “La salud del trabajador como causa de discriminación” Nueva revista española de derecho del trabajo, N 163, 2014, pp 71-93

a la que se está incorporando la jurisprudencia del TJUE⁹¹, asuntos C335/11 y C337/11, considerando a la enfermedad, si es de larga duración, como una discapacidad cuando la enfermedad supone una limitación para interactuar con diversas barreras que puede impedir la participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con los demás. El TJUE superaba, así, la sentencia emitida seis años antes, asunto 13/05⁹², manifestándose contrario a la consideración de la enfermedad como un nuevo factor de discriminación.

Valentin Fuster, médico y científico mundialmente conocido, especialista en enfermedades del corazón, decía en una entrevista televisiva⁹³ que, en el hospital de Nueva York donde trabaja, seguía atendiendo a personas de todas las razas y clases sociales porque, manteniéndose pegado a la realidad social, no perdía de vista que las personas cuando estaban tendidas en una camilla, despojadas de oropeles, prebendas y títulos, eran todas iguales y debían ser tratadas de forma igual en su condición de

⁹¹ Seis años antes, asunto 13/05, se había negado esta posibilidad y simplemente se señalaba que la enfermedad no estaba incluida como factor de discriminación en la Directiva 2000/78/CE. Recientemente, como he señalado con anterioridad, el TJUE, asunto C354/13 Karsten Kaltoft/ Kommunernes Landsforening ha determinado que la obesidad que impide a la persona participar plena y efectivamente en la vida profesional, puede incluirse como discapacidad. Para todo ello ver apdo IV.2.1 y el anexo AI.3

⁹² Rodríguez Cardo Iván Antonio bajo el título “Despido de trabajador en situación de IT: equiparación de enfermedad con discapacidad (comentarios a la sentencia del TJUE de 11 abril 2013) en Actualidad Laboral 2013, nº 7-8, pp 985-987, y dice que “*esta sentencia obliga a un replanteamiento de la doctrina de la sentencia 13/05 afirmando que determinadas enfermedades encajan en el concepto de discapacidad*” Cuando se refiere a la sentencia de 11 de abril de 2013, se estárefiriendo a los asuntos acumulados 335/11 y 337/11.

⁹³ CNN+ TV Programa cara a cara, entrevista al doctor Valeriano Fuster, por Antonio San José, abril 2006 (el Canal CNN+ desapareció años después).

infartado, diabético, obeso, etc. Esta visión de la “igualdad real” me parece una consideración acertada.

Vuelvo, de nuevo, al profesor Fernando Valdés Dal-Re⁹⁴:

“El problema principal de la discapacidad no reside en la persona del discapacitado, sino fuera de ella, en la sociedad, derivado de estructuras, prácticas y comportamientos que impiden a determinadas personas hacer uso de sus capacidades. En definitiva, la discapacidad es un concepto social”.

II.1.2)- Discriminación: igualdad, no discriminación y acciones positivas

II.1.2.1 Concepto y clases de discriminación: La Real Academia Española⁹⁵ define discriminación como “*la acción y efecto de discriminar*”, y discriminar es un verbo transitivo que significa “*seleccionar excluyendo o dar trato de inferioridad a una persona o colectividad*”. Terminológicamente puede utilizarse el verbo discriminar con significados diferentes según el contexto en el que se emplee. En el mundo económico discriminar se utiliza con el sentido de la primera acepción, “*seleccionar excluyendo*”, sin embargo en el mundo jurídico discriminar adquiere normalmente el significado de “*dar trato de inferioridad a una persona o colectividad*”.

La Constitución Española⁹⁶, artículo 14, Título I, capítulo segundo, relativo a los derechos y deberes fundamentales, estipula lo siguiente:

⁹⁴ Valdés Dal-Re en Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos, relaciones Laborales de las Personas con Discapacidad, Biblioteca Nueva, 2005, pag 372

⁹⁵ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22 Edición, Tomo I, Madrid, 2001, pp 1.180

⁹⁶ Constitución Española, BOE num 311, 29 diciembre 1978.

“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”

Mandato que incluye dos principios; primero: *“los españoles son iguales ante la ley”* (en la ley y en la aplicación de la ley) o principio de igualdad⁹⁷, que admite criterios razonables de diferenciación. Rodríguez-Piñero Miguel y Fernández López M^aFernanda⁹⁸, señalan que la *“Igualdad general de trato solo considera violaciones del principio de igualdad en aquellos casos en los que las desigualdades de trato carezcan de una justificación razonable y objetiva, pero estando muy abierta la posibilidad de existencia de tal justificación: es decir no postula ni como fin ni como medio la paridad. En materia discriminatoria se prohíben todas las distinciones por las razones específicamente vedadas y por ello la paridad”*.

El segundo inciso *“sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”* contiene el principio de prohibición de discriminación por las razones vedadas.

⁹⁷Sanchez González Santiago Dtor en AA.VV “Entorno a la igualdad y la desigualdad” Dykinson Madrid, 2009, pp257 “igualdad en la ley o ante la ley, la que contienen las normas e igualdad en la aplicación de la ley cuando los operadores jurídicos la aplican al caso concreto”

⁹⁸ Rodríguez-Piñero Miguel y Fernández López M^a Fernanda “Igualdad y discriminación” Tecnos, Madrid, 1986, pp 339

La interpretación del art. 14 CE, cuenta con abundante jurisprudencia constitucional⁹⁹. Sirva como ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/2011, de 28 marzo, (FJ2):

“Es sabido que el art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad por una conocida doctrina constitucional como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de modo que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas”.

Y sigue: *“La virtualidad del art.14CE no se agota, sin embargo, en esta clausula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que, a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos concretos de discriminación”* y más adelante *“En este sentido el TC, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el*

⁹⁹ Entre otras: STC 62/2008, 26 mayo(FJ5); STC 3/2007, 15 enero (FJ2), 41/2006, 13 febrero (FJ6); 161/2004, 4 octubre (FJ3), 37/2004, 11 marzo (FJ3); 39/2002, 14 febrero (FJ4) ; 36/2011 de 28 marzo (FJ2); 128/1987 16 junio (FJ5); 166/1988 26 septiembre (FJ2)

art.14CE, bien en relación con alguno de ellos, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes” .

La prohibición de discriminación exige que cuando en aplicación de este principio se utilicen criterios de diferenciación, estos no coincidan con algunos de los prohibidos por el precepto constitucional. Pues como dice la sentencia del TC 62/2008, de 26 mayo, FJ5, *“teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata¹⁰⁰ o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes”*

Volviendo a Miguel Rodríguez- Piñero¹⁰¹, el principio de igualdad (o de igualdad general de trato) tiene los límites que exige la proporcionalidad o la razonabilidad de su aplicación a las situaciones contempladas, la no arbitrariedad, de tal forma que prohíbe un trato desigual en situaciones

¹⁰⁰ El texto constitucional no exige que el rasgo o la condición personal sea innata, entre otras razones porque eliminaría posibilidades de protección contra la discriminación (p.ej: homosexuales).

¹⁰¹ Miguel Rodríguez Piñero y M^a Fernanda Fernández López, Igualdad y discriminación, Madrid, Tecnos, 1986, pp 341. *“La igualdad general de trato solo considera violaciones del principio de igualdad en aquellos casos en los que las desigualdades de trato carezcan de una justificación razonable y objetiva, pero estando muy abierta la posibilidad de existencia de tal justificación; es decir no postula ni como fin ni como medio la paridad. En materia discriminatoria se prohíben todas las distinciones vedadas y por ello la paridad”*

iguales y, en consecuencia, se admite un trato desigual en situaciones desiguales que no pueden ser sustentadas en los motivos que menciona el art 14 CE.

Los límites de admisibilidad de la discriminación son absolutos (“sin que pueda prevalecer discriminación alguna”), no se admite la razonabilidad de su aplicación o su proporcionalidad. Se prohíbe la discriminación directa y la indirecta, la buscada o deseada (*ánimus* en el actor) o simplemente fáctica, y por supuesto la discriminación múltiple¹⁰² que consiste en la agregación de, al menos dos de los factores o motivos anteriores; nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, discapacidad, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Aunque la expresión de cierre del art 14 CE pudo considerarse un hallazgo afortunado, dejó al legislador y a la interpretación jurisprudencial y doctrinal la tarea de definir cuales pudieran ser aquellas condiciones o circunstancias personales o sociales dignas de protección. En esta tarea han colaborado las organizaciones de derechos civiles, conscientes de que “*lo que no se nombra no existe*” han levantando el velo de aquellos motivos o factores de discriminación (circunstancias personales o sociales) que, permaneciendo ocultos para el sistema constitucional y normativo, han sido causa de multitud de conflictos discriminatorios que no encontraban un

¹⁰² Sobre el concepto y evolución de la discriminación múltiple: AAVV “La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo” Cdra: Serra Cristóbal Rosario, Monografía 851 de Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp 361, y en especial el trabajo de Serra Cristobal

soporte positivo para su impugnación; entre ellos: convicciones, discapacidad, orientación sexual, etnia y edad, sin que pueda darse por cerrada la apertura hacia otros como lengua y patrimonio. O la consideración de circunstancias que operan como una discapacidad, como la enfermedad o la obesidad.

Conviene recordar la competencia exclusiva del Estado, en virtud del art. 149.1.1ª CE, para *“la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”* lo que incluye, entre otras, como acertadamente señalan De Lorenzo Rafael y Palacios Agustina¹⁰³, la definición de las *“condiciones básicas de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad, de manera que se les garantice los mismos derechos y prestaciones en todo el territorio nacional”* Dentro de las condiciones básicas queda *“incluido el régimen sancionador”*.

El principio constitucional de igualdad y no discriminación ha adquirido sustantividad, en el ámbito del empleo y la ocupación, en virtud de la trasposición de La Directiva 2000/78/CE del Consejo¹⁰⁴, de 27 noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad

¹⁰³ “Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional”. En AA.VV Los Derechos de las Personas con discapacidad, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Vol I Aspectos jurídicos, pp 3-123, con citación de las sentencias TC 61/1997, 172/1998, 173/1998, y para alcance de condiciones básicas STC 102/1995, 156/1995.

¹⁰⁴ DOL 303, 2 diciembre 2000

de trato en el empleo y la ocupación¹⁰⁵, operada por la Ley 62/2003¹⁰⁶, 30 de diciembre, de acompañamiento de los presupuestos Generales del Estado 2004. La Directiva incluye en su art 1 un marco para la lucha contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, que dice:

“La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para la lucha contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”

Pero claro, el principio de igualdad de trato, sin más, necesitaba algo más para incluir la prohibición de discriminación y el art 2, se encarga de ello:

“a efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1”.

Unos días antes de aprobar la ley 62/2003, se aprobó la ley 51/2003¹⁰⁷, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con Discapacidad, LIONDAU (a la que tantas veces me refiero en esta Tesis) que en su art 1.1, en una redacción afortunada, señala:

“garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución. A estos

¹⁰⁵ Sobre el principio de igualdad de trato en las directivas europeas, ver a Ballester Pastor María Amparo en “Las directivas sobre aplicación del principio de igualdad de trato de las personas por razón de su origen racial o étnico (2000/43) y por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (2000/78) en “La protección de los derechos fundamentales en el orden social” Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p285-388.

¹⁰⁶ BOE num 313, de 31 diciembre 2003, separata, pgs 130-142

¹⁰⁷ BOE num 289, de 3 diciembre de 2003

efectos, se entiende por igualdad de oportunidades la ausencia de discriminación directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como las medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social”

La LIONDAU, pues, introduce un nuevo giro conceptual, cuando a la igualdad de trato y no discriminación incluida en la Directiva 2000/78/CE y traspuesta al ordenamiento español, añade la adopción de acciones positivas que terminológicamente transforma en igualdad de oportunidades (*así como las medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social*) .

Esta cuestión, creo yo, esta implícita en el art 14 CE, pues si no se permite la discriminación por las circunstancias vedadas, resulta incuestionable la obligación de subsanarlas.

Clases de discriminación: Tanto la Directiva 2000/78, art 2.2, la Ley de trasposición 62/2003, y el TRLGDPD, incluyen una caracterización jurídica de diferentes tipos de discriminación.

En la Directiva 2000/78/CE

-Discriminación directa: “existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga”

-Discriminación indirecta: “existirá cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros, pueden originar una desventaja a personas en relación con otras personas” salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para conseguir esta finalidad sean adecuados y necesarios.

El TRLGDPD, que como ya he comentado se sustenta en el principio de igualdad de oportunidades vigente desde la LIONDAU (o de igualdad y no discriminación) añade a los anteriores la discriminación por asociación

-Discriminación directa: “es la situación en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de o por razón de su discapacidad”.

-Discriminación indirecta: “existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios”.

-Discriminación por asociación: “existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad”.

La discriminación por asociación¹⁰⁸ aparece por primera vez en la legislación española, poniendo el foco en el trato discriminatorio que puede sufrir una persona por su relación con otra *“por motivo o con razón de su discapacidad”*.

Sin embargo no existe mención alguna para la discriminación múltiple¹⁰⁹, esto es: cuando la discriminación se ejerza contra una persona dos o más motivos de discriminación (por ejemplo: discapacidad y edad; discapacidad, sexo y edad, etc) que, además, sigue ausente en el TRLGDPD¹¹⁰, cuando nada hubiera costado recoger la definición que el fallido Proyecto de Ley sobre igualdad de trato y no discriminación, incluía en su art. 7 una acertada definición de discriminación múltiple¹¹¹ (que no

¹⁰⁸ Cuestión que en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C303/2006, caso S.Coleman vs Attridge Law, a la que me refiero en el capítulo relativo a Tribunales Europeos, dentro de la parte dedicada a Tutela Jurisdiccional, se trata como discriminación directa, pero encaja tipológicamente como discriminación por asociación o bien, discriminación directa por asociación *“Cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en el citado artículo 2, apartado 2, letra a)”*.

Y añadido: hoy no solo sería discriminación directa sino, también, discriminación por asociación.

¹⁰⁹ La discriminación múltiple, aunque no tiene una definición legal, como bien señala Quintanilla Navarro Beatriz en su trabajo ya citado de “Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad” está presente en las exposiciones de motivos de la ley y en los programas de igualdad de oportunidades.

¹¹⁰ BOE num 289, de 3 diciembre 2013

¹¹¹ Serra Cristobal Rosario trata este tema en el trabajo “La mujer como especial objeto de múltiple discriminación. La mujer multidiscriminada pp en AAVV La discriminación múltiple en los

fue tramitado por las Cortes Generales debido a la convocatoria anticipada de elecciones en el año 2011). Esta falta de reconocimiento jurídico “*como figura cualitativamente diferente no aporta un plus adicional al de la discriminación simple, cuando no debería ser así*”¹¹²

La exigencia del principio de igualdad y no discriminación no siempre resulta pacífica, razón por la cual goza de ciertas garantías de rango constitucional y procesal; la garantía de indemnidad y “la atenuación de la carga de la prueba”.

La garantía de indemnidad, que tiene sustento constitucional en el art 24.1 CE, encuentra soporte positivo en el art 11 de la Directiva 2000/78/CE¹¹³, el art 18.3 de la ley 51/2003¹¹⁴, el art 4.2.g, del Estatuto de los Trabajadores¹¹⁵, y en el art 75 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, aprobada por RD Legislativo 1/2013. Consiste en proteger a las personas que reclamen por situaciones discriminatorias, contra cualquier trato adverso, represalia o consecuencia negativa que pudiera producirse por exigir el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación.

ordenamientos jurídicos español y europeo; Coordinadora Serra Cristobal Rosario, Tirant Lo Blanch Monografías 851, Valencia, 2013, pp 361 . El art 7 del Proyecto de ley de Igualdad de trato y no discriminación decía en el apartado 1 “Se produce discriminación multiple cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta Ley generando una forma específica de discriminación”

¹¹² García Pascual cristina y Giménez Gluk David en “La discriminación multiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo” Titant lo Blanch monografías, Valencia 2013, 361pp.

¹¹³ DOL 303, 2 diciembre 2000

¹¹⁴ BOE num 289, de 3 diciembre de 2003

¹¹⁵ BOE num 75, de 29 marzo de 1995

La carga de la prueba, contemplada en el art 10 Directiva 2000/78/CE, en el art 36 ley 62/2003¹¹⁶ y el 96 de la Ley 36/2011, de Jurisdicción Social¹¹⁷, faculta a la parte actora o denunciante, que se considere perjudicada, para alegar unos hechos de los que se permita inferir indicios fundados de una vulneración del principio de igualdad y no discriminación, estando obligada la parte demandada a destruir tal presunción demostrando que no ha habido tal vulneración.

El informe de la OIT “La Igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue sin cumplirse”, de 2011¹¹⁸, pone de manifiesto los avances mundiales en legislación y procedimientos, pero no así en el control de las prácticas discriminatorias debido, entre otras causas, a la falta de datos fiables que ayuden a combatirlas.

Según este informe *“La discriminación sigue siendo persistente y adopta múltiples formas. Resulta especialmente preocupante en el acceso a los puestos de trabajo”*

II.1.2.2) Acciones positivas: concepto y clases.

La previsión constitucional para el establecimiento de acciones positivas se encuentra en el artículo 9,2 CE¹¹⁹, dirigido a los poderes públicos con un

¹¹⁶ BOE num 313, de 31 diciembre 2003, separata, pgs 130-142

¹¹⁷ Ley 36/2011, de 10 octubre, de la Jurisdicción Social, BOE num 245, 11 octubre 2011. La anterior Ley de Procedimiento Laboral, también contemplaba en el art 96 la inversión de la carga de la prueba.

¹¹⁸ “La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue sin cumplirse” Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales del trabajo. Aprobado en la 100ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo 2011.

¹¹⁹ Art 9.2 CE “*corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos*

mandato que no deja lugar a dudas, y de forma más explícita en relación con las personas con discapacidad el art. 49CE:

“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos”

La LISMI¹²⁰, con un marcado acento asistencial, introdujo importantes medidas de acción positiva, artículos 37 a 48, destinadas a mejorar la integración de las personas con discapacidad en el empleo, especialmente la cuota obligatoria del art. 38; “las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por ciento sean trabajadores minusválidos”

La Directiva 2000/78 CE, art 5, establece que *“para garantizar el principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidad, se realizarán ajustes razonables”*, y en el art 7, señala que son acciones positivas aquellas *“...medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el art.1”*. Y los motivos mencionados en el art.1, son: *“de religión o convicciones, de discapacidad, de edad, de orientación sexual en*

que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

¹²⁰ Ley 13/1982, de 7 abril, de Integración Social de los Minusválidos, BOE num 103 de 30 abril

el ámbito del empleo y la ocupación con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”.

La LIONDAU¹²¹, arts 8 y 9, la Ley 62/2003¹²², art 35, por la que se traspone la Directiva 2000/78/CE y el TRLGDPD¹²³, art 2.g, establecen como acciones positivas aquellas que tratan de prevenir, remover o compensar la situación de desventaja en la que se encuentran las personas con discapacidad por cualquiera de los motivos de discriminación que en ellas se citan.

La LIONDAU, integra en el principio de igualdad de oportunidades, al que me he referido con anterioridad, la aplicación de medidas de acción positiva y de ajustes razonables. Las medidas de acción positiva, las define en su art 8.1, como *“aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en su incorporación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo a los diferentes grados de discapacidad”*. Y en el apartado 2 del citado artículo se dirige a los poderes públicos con un mandato imperativo del siguiente tenor:

“Los poderes públicos adoptarán las medidas de acción positiva suplementarias para aquellas personas con discapacidad que objetivamente sufren un mayor grado de

¹²¹ Ley 51/2003, de 2 diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, BOE num 289, de 3 diciembre.

¹²² Ley 62/2003, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, BOE num 313 de 31 diciembre

¹²³ Aprobada por RD Legislativo 1/2013 de 29 noviembre, BOE num 289 de 3 diciembre 2013

discriminación o presentan menor igualdad de oportunidades, como las mujeres con discapacidad, las personas con discapacidad severamente afectadas, las personas con discapacidad que no pueden representarse a sí mismas o las que padecen una acusada exclusión social por razón de su discapacidad, así como las que viven habitualmente en el ámbito rural”

El artículo 9.1 especifica el contenido de las medidas de acción positiva que *“podrán consistir en apoyos complementarios o normas, criterios y prácticas más favorables”*

Sin embargo, el TRLGDPD no mantiene la redacción del art 8.2 de la LIONDAU, su artículo 7 titulado “Derecho a la igualdad”, incluye las expresiones de promoverán y protegerán, refiriéndose a los derechos a la igualdad efectiva, en todos los órdenes de la vida, de las personas con discapacidad, entre mujeres y hombres o para las personas más vulnerables, que no tiene, a mi juicio, la contundencia del artículo 8.2 de la LIONDAU; no es lo mismo promoverán que adoptarán. “Promoverán” significa que se iniciarán o impulsarán medidas a modo de promesa. “Adoptarán” tiene, sin embargo, la contundencia de una obligación ineludible.

La definición que contiene el TRLGDPD, art 2.g) de las medidas de acción positiva (que sigue la línea del art 8.1 de la LIONDAU) dice así:

“medidas de acción positiva: son aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena

en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad”

Se consideran acciones positivas¹²⁴ aquellas medidas de prevención, remoción o de compensación de las situaciones de desventaja, consistentes en apoyos complementarios, normas, criterios y prácticas más favorables, que pretenden remover los obstáculos o barreras que impiden la igualdad real y efectiva.

Las medidas de acción positiva, tipo cuotas rígidas, establecidas a favor de la integración laboral de personas con discapacidad, sea en el empleo público o en el privado, están ausentes de límites constitucionales debido a “la naturaleza individual de la desventaja”¹²⁵ (En relación con la cuota del 3% reservada a personas con discapacidad en unas oposiciones de la CA de Canarias, ver sentencia TC 294/94, que incluyo en el apdo IV.1.3 de esta Tesis)

A efectos del presente trabajo, las medidas de acción positiva podrían clasificarse como “no condicionadas” o “condicionadas”. En las primeras, verificada la condición subjetiva, la acción positiva puede desplegar sus efectos de forma inmediata, pero para las segundas o condicionadas existe,

¹²⁴ Gaztelu San Pio, Clara “Acción positiva, acceso y ajuste razonable para personas con discapacidad en el ámbito laboral” en 2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España, Estudios en homenaje a Miguel Angel Cabrea de Luna; Cinca, Madrid, 2012, P 303-323.

Ver también a Pérez del Río, Teresa en “Principio de no discriminación y acción positiva: comentarios a la Parte III del Plan de Igualdad de Oportunidades para la Mujer 1988-1990, Documentación Laboral, nº 25, 2008, pp 55-98.

¹²⁵ Gimenez Gluk David en “La ausencia de límites constitucionales de las acciones positivas a favor de las personas con discapacidad”, pp 123-126, del volumen AA.VV “Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas” Dtor Ignacio Campy Cervera, Dykinson, Madrid, 2004, pp284.

también, el elemento objetivo o de racionalidad en el ámbito y en el momento de su aplicación concreta.

Sirvan como ejemplo, entre otras acciones positivas no condicionadas, la reserva del 2% de los puestos de trabajo para personas con discapacidad en empresas con 50 o más trabajadores, que contemplaba la LISMI¹²⁶, y que, a partir del 3 de diciembre 2013, han quedado incorporadas en el art 42 del TRLGDPD,¹²⁷ o la ley 53/2003, de 10 de diciembre,¹²⁸ de empleo público de personas con discapacidad, que contempla una nueva redacción de la Disposición Adicional decimo novena de la ley 30/1984¹²⁹, de medidas para la reforma de la Función Pública, incrementando la reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad en las nuevas ofertas de empleo público del 3% al 5%.

O bien, las subvenciones a las cuotas de la Seguridad Social, para trabajadores con discapacidad, en porcentajes del 70% o 90% dependiendo de la edad y sexo de los trabajadores contratados, contempladas en el RD 170/2004¹³⁰, de 30 de enero, y en la ley 43/2006¹³¹, de 29 diciembre, para la mejora y crecimiento del empleo.

¹²⁶ Ley 13/1982, de 7 abril, integración Social de los Minusválidos, BOE num 103, de 30 abril.

¹²⁷ RD Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, BOE num 289 de 3 diciembre.

¹²⁸ Ley 53/2003, 10 diciembre, sobre Empleo Público de Discapacitados, BOE num 296, de 11 de diciembre de 2003.

¹²⁹ Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, BOE num 185, de 31 de agosto.

¹³⁰ RD 170/2004, 30 enero, por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento de empleo de los trabajadores minusválidos, BOE num 27, 31 enero 2004.

¹³¹ Ley 43/2006, 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y el empleo, BOE 312, de 30 diciembre 2006.

Sin embargo, las acciones positivas condicionadas, pueden verse limitadas por criterios de razonabilidad: la Directiva 2000/78, considerando 17 y art 5, introduce el término de ajustes razonables para adaptarse a las personas con discapacidad¹³².

Y en términos parecidos, la Ley 62/2003¹³³, art 38 dos, que transpone al ordenamiento español la Directiva 2000/78CE, incorpora la obligación que tienen los empresarios de adoptar las medidas necesarias para adaptar los puestos de trabajo a las personas con discapacidad, siempre que ello no suponga una carga excesiva para la empresa (límite de razonabilidad). Quien determinará la carga excesiva para la empresa depende de criterios de razonabilidad¹³⁴, cuestión que bien la establece el empresario, bien se resuelve mediante negociación en el seno de la empresa o en vía jurisdiccional.

Pérez Bueno¹³⁵ sostiene que los ajustes razonables *“son una garantía del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en tanto que su no realización, comportaría una discriminación”* y necesitarían ser tratados mediante un desarrollo reglamentario adecuado,

¹³² DIRECTIVA 2000/78/CE del Consejo, DOCE 2 de diciembre de 2000, pag 18

¹³³ Ley 62/2003, BOE nº 313, de 31 diciembre 2003, separata pgs 130-142

¹³⁴ Beatriz Quintanilla Navarro “igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad” en AA.VV Relaciones Laborales de las Personas con discapacidad, Editorial Biblioteca Nueva.SL, Madrid, p 205-245, de 411 pp.

¹³⁵ Pérez Bueno Luis Cayo comenta la evolución legislativa por la evolución desde el modelo asistencial al social y defiende la necesidad de desarrollar reglamentariamente los ajustes razonables “La configuración jurídica de los ajustes razonables” En AA.VV 2003-2013: 10 años de legislación sobre discriminación de personas con discapacidad en España, Colecciones CERMI, Edta CINCA, pp-159-183.

especialmente en el procedimiento para su implantación y en la fundamentación de su no aceptación.

Como ya he señalado anteriormente, el TRLGDPD (que refunde, aclara y armoniza la LISMI, la LIONDAU, y la ley 49/2007, de 26 diciembre) mantiene medidas de acción positiva en los diferentes órdenes de protección que la integran. Así en el Título I Cap V, Derecho a la vida independiente, artículos 22 a 29, 30 a 34 y en Cap VI, Derecho al trabajo arts 39, 40, 42; en Título II, Cap I, Derecho a la igualdad de oportunidades arts 63 a 68.

Subrayo, pues, que de acuerdo con la transición hacia el modelo social de la discapacidad, iniciado en la LIONDAU (previamente en la Directiva 2000/78/CE) y continuado en el TRLGDPD, las medidas de acción positiva y los ajustes razonables constituyen un elemento intrínseco e inseparable del principio de igualdad de oportunidades. Como señala Pérez Bueno Luis Cayo¹³⁶ “son una garantía al cumplimiento del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, en tanto que su no realización comportaría una discriminación”

II.1.3) “El ámbito laboral”; Un nuevo espacio jurídico.

En el cap 1.2, Objeto, defino el “**ámbito laboral**” como “*el espacio jurídico ideal configurado por las cuestiones o los problemas de la*

¹³⁶ Pérez Bueno Luis Cayo “La configuración jurídica de los ajustes razonables” en 2003-2023: 10 años de legislación sobre discriminación de las personas con discapacidad en España, Colecciones CERMI, CINCA, Madrid, 2012, pp 159-183

actividad laboral”. Se trata, pues, de un espacio incluyente en el que se dan cita todos los aspectos relativos al empleo y la ocupación (género, seguridad y salud laboral, conciliación, negociación colectiva y fiscalidad) y permite tomar en consideración aquellos relativos a su relación funcional con el espacio físico; movilidad desde y hacia el centro de trabajo, accesibilidad y adaptabilidad del entorno laboral.

Este “*espacio ideal*” comprensivo de diversos aspectos de la “vida laboral diaria” encontraría amparo en el concepto de accesibilidad universal del art 2.c, de la LIONDAU¹³⁷:

“la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible, Presupone la estrategia de diseño universal para todos y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse”

La accesibilidad universal, en virtud del principio de transversalidad de las políticas públicas que establece el art 3 de la LIONDAU, es aplicable, entre otros, a los espacios públicos urbanizados, infraestructuras, edificación y transportes, y con carácter supletorio “*en la legislación específica de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación*”

¹³⁷ Ley 51/2003, de 2 diciembre, Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, BOE núm 289, de 3 diciembre.

La aprobación del TRLGDPD¹³⁸, que derogó e integró en dicho texto normativo, entre otras, a la LIONDAU, consolidó los principios de vida independiente y accesibilidad universal, que se aproximan conceptualmente al “ámbito laboral” que defiende en esta Tesis.

Las definiciones de vida independiente, accesibilidad universal y diseño para todos, contempladas en el artículo 2, h, k y l), del TRLGDPD son las siguientes:

“h) Vida independiente: es la situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al libre desarrollo de la personalidad.

k) Accesibilidad universal: es la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de “diseño universal o diseño para todas las personas” y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.

l) Diseño universal o diseño para todas las personas: es la actividad por la que se conciben o proyectan desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, programas, dispositivos o herramientas de tal forma que puedan ser utilizadas por todas las personas, en la mayor extensión posible, sin necesidad de adaptación o diseño especializado. El “Diseño universal o diseño para todas las personas” no excluirá los productos de apoyo para grupos particulares de personas con discapacidad cuando lo necesiten.

¹³⁸ BOE num 289 de 3 diciembre.

Y el artículo 5 del TRLGDPD contempla un mandato imperativo del siguiente tenor “*Las medidas específicas para garantizar la igualdad de oportunidades¹³⁹, la no discriminación y la accesibilidad universal se aplicarán (el subrayado es mío), además de a los derechos regulados en el Título I, en los ámbitos siguientes:*

- a) telecomunicaciones y sociedad de la información
- b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación
- c) Transportes
- d) Bienes y servicios a disposición del público
- e) Relaciones con las administraciones públicas
- f) Administración de justicia
- g) Patrimonio cultural, de conformidad con lo previsto en la legislación de patrimonio histórico
- h) Empleo

De donde puede interpretarse y así lo interpreto, que amparado en el modelo social de la discapacidad que establece el TRLGDPD, el “ámbito laboral” aquí considerado, que se proyecta desde la vivienda familiar hasta el centro o lugar de trabajo en un “continuo laboral” de forma análoga al considerado con motivo de los accidentes “*in itinere*”, podría encontrar un acomodo pacífico.

¹³⁹ La defectuosa utilización terminológica y conceptual del texto en relación con las expresiones igualdad de oportunidades, igualdad de trato y no discriminación, ha sido puesta de manifiesto en, cap II.1, apdo II.1.2 y en cap. 3.1, epígrafe III.3.1.2.

Traigo a colación la Ley General de Seguridad Social¹⁴⁰, LGSS, aprobada por RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, art 115.1, que contempla el accidente de trabajo, como *“toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o como consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”* y en el 115.2 *“tendrán la consideración de accidentes de trabajo”*: a) *“los que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de trabajo”*, que cuentan con abundante jurisprudencia¹⁴¹.

Los accidentes *“in itinere”*, tienen como límite objetivo que el trabajador haya salido de su domicilio (o de la vivienda en la que habita por motivo de su trabajo) para dirigirse a su trabajo o bien en el camino inverso, como se pone de manifiesto en el FJ TERCERO, último párrafo (ROJ) STS 2257/2011, de 14 febrero 2011

“El dato verdaderamente relevante no es el título jurídico en virtud del cual se ocupa la vivienda ni la forma que adquiriera el lugar que la circunda sino que en los dos casos el accidente se produjo inmediatamente después de haber abandonado aquel lugar cerrado que permite el desarrollo de actividades familiares y personales privadas y mientras los actores se dirigían a sus puestos de trabajo”

Y también la sentencia del TS (ROJ) 6487/2013, del 26 diciembre 201, sobre accidentes *“in itinere”*, FJ QUINTO en la que se entiende que *“Ahora bien, en casos como el presente y revisando criterios anteriores más estrictos, como el de la sentencia de 29 de septiembre de 1997, hay que entender que el trayecto en el que*

¹⁴⁰ BOE núm 154, de 29 junio 1994

¹⁴¹ Entre otras (Roj) STS 3802/2010, de 24 junio; 4792/2010, de 22 julio, 2257/2011, de 14 febrero; 2267/2012, de 14 marzo, 6487/2013, de 26/12/2013.

se ha producido el accidente no queda fuera del art. 115.2.a) de la LGSS. En primer lugar, porque el domicilio del que se parte se define en los hechos probados de la sentencia de instancia como el domicilio del trabajador - su domicilio-frente al lugar de residencia por razones laborales ("donde vivía durante los días laborables de la semana", según dice el hecho probado segundo), lo que permite concluir que es aquél el domicilio propiamente dicho como "sede jurídica de la persona" del art. 40 del Código Civil, sede en la que, junto al hecho material de residencia -que persiste, aunque, por razones de trabajo, ésta se traslade temporalmente a otro lugar- aparece el elemento intencional (el animus manendi) de querer continuar residiendo en ese lugar, elemento intencional que se expresa objetivamente mediante una conducta significativa: la vuelta periódica al mismo cuando las obligaciones de trabajo lo permiten considera como tal el accidente surgido durante el trayecto desde el domicilio particular en León, al que se desplazó para ver a su familia, hasta otro en Soria en la que tenía su trabajo.

Una consideración análoga podría presumirse cuando una persona con discapacidad sale de su domicilio y se encuentra imposibilitada o con dificultades para acudir a su centro de trabajo, por una adaptación inadecuada de las infraestructuras que deberían facilitar su movilidad. Esta consideración del “ámbito laboral” permitiría movilizar las reclamaciones necesarias por vulneración del principio de igualdad de oportunidades, art 2.b, en los ámbitos que contempla el art 5 del TRLGDPD.

Así las cosas, como se dice en la exposición de motivos de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, de Jurisdicción Social¹⁴², se daría un paso importante para *“enjuiciar conjuntamente a todos los sujetos que hayan concurrido en la producción del daño sufrido por el trabajador en el marco laboral o en conexión directa con el mismo, creándose un ámbito unitario de tutela jurisdiccional para el resarcimiento integral del daño causado”*.

II.2-Dimensión Internacional: El marco normativo e institucional.

II.2.1- Las Organizaciones Internacionales: La Organización de Naciones Unidas, ONU, y su agencia, la Organización Internacional del Trabajo, OIT, son las instituciones¹⁴³ de referencia, generadoras de un marco internacional comprensivo y respetuoso con los derechos civiles y laborales, en el ámbito del empleo y de la ocupación de las personas con discapacidad.

La sucinta referencia que sigue, considera aquellas resoluciones que me parecen más representativas en este largo camino de búsqueda de la libertad, la dignidad, la igualdad y la solidaridad humanas, de las personas con discapacidad.

¹⁴² Ley 36/2011, de 10 octubre, reguladora de la jurisdicción social, BOE de 11 octubre de 2011.

¹⁴³; Quintanilla Navarro, Beatriz: Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad. AAVV Relaciones laborales personas con discapacidad, Director Fernando Valdés Dal-Re, Madrid; Biblioteca Nueva, Fundación Francisco Largo Caballero, Fundación ONCE, Fundación Ortega y Gasset; 2.005, pags 411. En este trabajo la profesora Quintanilla Navarro hace un repaso de los hitos internacionales más significativos, que me han servido de referencia.

También García Quiñones, Juna Carlos en “El concepto jurídico laboral de discapacitado” pp 29-87 del mismo volumen.

En 1944 la Recomendación nº 71 de la OIT¹⁴⁴ sobre regulación del empleo, contempla una de las primeras regulaciones sobre condiciones de empleo de las personas con discapacidad.

En 1948, La Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁴⁵ proclamó el derecho de toda persona a condiciones justas y favorables de trabajo, aunque sin mencionar expresamente a las personas con discapacidad. Es en 1966 cuando el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos¹⁴⁶ incluye expresamente la prohibición de factores de discriminación, entre ellos la discapacidad. En 1971, la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó la Declaración sobre los derechos de las personas con retardo mental¹⁴⁷, a las que se reconocía su derecho a realizar un trabajo productivo. En 1975, se aprobó la Declaración de los Derechos de las personas discapacitadas, *“que proclama la igualdad de derechos civiles y políticos de las personas con discapacidad y establece los principios relativos a la igualdad de trato y del acceso a los servicios”*, en 1976 la Asamblea General proclamó que 1981 sería el año internacional de las personas con discapacidad y en diciembre de 1982¹⁴⁸ se aprobó el

¹⁴⁴ R071 Recomendación sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz) 1944, adoptado en Filadelfia, 26ª reunión CIT, 12 mayo 1944, www.ilo.org

¹⁴⁵ Declaración Universal Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948, www.ohchr.org

¹⁴⁶ Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado mediante resolución 2200 A (XXI) de 16 diciembre de 1966;

www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_sp.asp?type=conven.

¹⁴⁷ Naciones Unidas, Declaración de Derechos del retrasado mental, 20 diciembre 1971; ref documento A/RES/2856(XXVI) www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_sp.asp?type=conven

¹⁴⁸ Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, aprobado por Asamblea General el 3 diciembre de 1982, resolución 37/52; www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=500

Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad considerando los aspectos de prevención, rehabilitación e igualdad de oportunidades. Con el fin de movilizar el programa de Acción Mundial, la Asamblea general proclamó la década de las personas con discapacidad para el periodo 1983/1992¹⁴⁹, que tuvo gran influencia en el desarrollo que experimentaron las declaraciones y recomendaciones de los años posteriores¹⁵⁰.

En diciembre de 1993, resolución 48/93, se aprobó en Naciones Unidas el documento sobre normas uniformes sobre igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. En el mismo año, la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos declaró que “cualquier discriminación o trato discriminatorio de una persona con discapacidad es una violación de sus derechos”. En 1994, el Comité de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales, señaló la especial incidencia de la discriminación en función de la discapacidad en áreas como educación, empleo, vivienda, transporte, acceso a la cultura y acceso a servicios y espacios públicos. En 1995, la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social en su Programa de Acción estableció medidas específicas para erradicar las discriminaciones de las personas con discapacidad. El 13 de diciembre de 2006 se aprobó en la

¹⁴⁹ Naciones Unidas, 1983-1992 Decenio de Naciones Unidas para los impedidos; www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=531

¹⁵⁰ Pueden buscarse en www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_sp.asp?type=conven
Ver también JM Sánchez-Cervera Senra y JM. Sánchez Cervera Valdés Los Trabajadores discapacitados; CISS PRAXIS, 2.000.pp 489..

ONU la Convención sobre Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, entrando en vigor en España el 3 de mayo de 2008¹⁵¹.

La OIT, durante el periodo considerado, aprueba varios instrumentos relativos a la discriminación de las personas con discapacidad. En 1955, se estableció la Recomendación num.99 sobre la adaptación profesional de los inválidos. En 1958, se aprueba la Recomendación num 111 relativa a discriminación en el empleo y la ocupación, incluyendo la invalidez como causa prohibida de discriminación. En 1962, el Convenio num. 118 relativo a igualdad de trato en Seguridad Social y en 1983 el Convenio num. 159, de 20 de junio 1983, sobre readaptación profesional y empleo de personas inválidas, que empieza a distinguir entre el principio de igualdad de trato y el de igualdad de oportunidades para lograr la igualdad efectiva, que da pie a la Recomendación¹⁵² num 168, de la misma fecha, sobre la readaptación profesional y el empleo, que introduce (Cap II.11) conceptos como ajustes razonables (*Cap II.11.a “adaptar, dentro de límites razonables, los lugares de trabajo, la estructuración de tareas, las herramientas, la maquinaria y la organización del trabajo para facilitar la formación y el empleo”*) y eliminación gradual de barreras (*Cap II.11.g “eliminación gradual, en caso necesario por etapas, de las barreras y obstáculos de orden físico o arquitectónico, o relativos a la comunicación que afectan al transporte, al*

¹⁵¹ BOE nº 91, 23 abril 2008

¹⁵² Publicaciones de la OIT, documento ISBN 978-92-2-321438-8 que incluye Convenio 159 y Recomendación 168 de la OIT y Convención Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Las publicaciones de la OIT (ILO) pueden buscarse en www.ilo.org/disability

acceso y al libre movimiento en los locales de formación y empleo de personas inválidas; en los nuevos edificios e instalaciones públicas se deberían aplicar normas adecuadas’’).

El Convenio num 159 y la Recomendación num 168 de la OIT y la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, han tenido una extraordinaria importancia en la evolución del tratamiento normativo aplicable a los derechos de las personas con discapacidad.

II.2.2- El Referente Europeo.

*II.2.2.1) El Consejo de Europa y las instituciones europeas*¹⁵³: El Consejo de Europa¹⁵⁴, constituido en la Haya en mayo de 1948, integra en su seno a 47 estados europeos y es la organización internacional más antigua de ámbito regional dedicada a la educación, la cultura y a la defensa de los derechos humanos. En 1950, los miembros del Consejo de Europa, vista la declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, firman

¹⁵³ Apunte historiográfico siguiendo a Beatriz Quintanilla Navarro. Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad; en AAVV Relaciones laborales de las personas con discapacidad, Director Fernando Valdés Dal-Re, Madrid; Biblioteca Nueva, Fundación Francisco Largo Caballero, Fundación ONCE, Fundación Ortega y Gasset; 2005, pp 411.

También a García Quiñones JC en “El concepto jurídico laboral de discapacitado” pp 29-87 del mismo volumen

También Cordero Gordillo Vanesa, realiza una interesante y documentada descripción en relación con la evolución del Contexto internacional y el Derecho comunitario y su influencia en la legislación española, en “Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo” Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp 177.

Ver También La internacionalización del derecho al empleo de los trabajadores discapacitados en Noticias de la Unión Europea, CISS, nº 241, Febrero 2005, Año XXI pp 77-107

¹⁵⁴ No confundir con el Consejo Europeo, órgano de la UE, formado por los Jefes de Estado y Gobierno de los países de la UE

en Roma, nov 1950, el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁵⁵. En 1952 se crea el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁵⁶, con sede en Luxemburgo, es la autoridad judicial de la UE *“con la misión de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los tratados”*. En 1959 nace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁵⁷, con sede en Estrasburgo, con la misión de *“conocer las demandas individuales o estatales fundamentadas en la protección de los derechos civiles y políticos amparados por el Convenio”*. Tiene jurisdicción internacional y está formado por tantos jueces como estados han ratificado el Convenio Europeo para la protección de los derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de Europa.

En 1961, el Consejo de Europa aprueba la Carta Social Europea que, en sus principios generales, contempla el derecho de las personas con discapacidad a la independencia, la integración social y la participación en la vida de la comunidad, y en 1992, el Consejo de Ministros de la UE adoptó la recomendación R (92) 6, sobre *“Una política coherente para la readaptación de las personas con discapacidad”* que, entre otros, contiene orientaciones para que los gobiernos nacionales pongan en marcha actuaciones en áreas como empleo, educación, sanidad, protección social,

¹⁵⁵ www.echr.coe.int Tratado internacional al que solo pueden adherirse los miembros del Consejo de Europa

¹⁵⁶ www.curia.europa.eu Tribunal de Justicia de la Unión Europea

¹⁵⁷ www.echr.coe.int Tribunal Europeo de Derechos Humanos

información, estadística e investigación, en la que se contempla el principio de vida independiente y la evolución hacia el modelo social¹⁵⁸.

Desde que se aprueba la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, 1989, hasta que en 1997 el Tratado de Amsterdam incorpora un nuevo Protocolo sobre política social, se producen algunas iniciativas que prohíben la discriminación de las personas con discapacidad, si bien con un cierto carácter testimonial y referidas a personas con minusvalía o minusválidos. El Tratado de Amsterdam, no obstante, supuso un cambio sustancial en la política social al incluir, por primera vez en el Derecho de la Unión, políticas de empleo con prohibición expresa de discriminaciones en función de la discapacidad, nacionalidad, sexo, religión u orientación sexual.

La Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, es fruto del impulso anterior y desencadena acciones posteriores de importancia; El Programa de Acción contra la discriminación 2001-2006, el V Programa de acción comunitaria para la igualdad de oportunidades 2001-2005, se declara el año 2003 como Año Europeo de las personas con discapacidad y el Plan de Acción Europeo para la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

¹⁵⁸ Sobre la evolución del Derecho Comunitario, Cordero Gordillo, Vanessa “Igualdad y no Discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo”, Tirant Lo Blanch, Valencia 2010, pp 177.

También Noticias de la Unión Europea, CISS, n° 241, Febrero 2005, Año XXI

Dentro de un continuado esfuerzo de actualización, la “*Estrategia Europea sobre discapacidad 2010-2020, un compromiso renovado para una Europa sin barreras*”¹⁵⁹, COM (2010) 636, aprobada por la Comisión el 15/11/2010, remitida al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, tiene como estrategia general “*capacitar a las personas con discapacidad para que puedan disfrutar de todos sus derechos y beneficiarse plenamente de una participación en la economía y la sociedad europeas*” e incorpora ocho ámbitos de actuación: accesibilidad, participación, igualdad, empleo, educación y formación, protección social, sanidad y acción exterior, y trata de dar respuesta y cumplimiento a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁶⁰, (“la Carta”), arts 1, 21 y 26, al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁶¹ (“el Tratado”), arts 10 y 19 y a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas (“la Convención”).

La dimensión supranacional de la Carta y del Tratado y sus atributos de constitucionalidad, refuerzan la protección de los principios de “igualdad y no discriminación” (*the principles of equality and non discrimination at the*

¹⁵⁹ COM (2010) 636, Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, Al Consejo, Al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones; (SEC(2010)1323 SEC2010) 1324; Bruselas, 15/11/2010, pgs 13..

¹⁶⁰ DOCE 18/12/2000 (2000/C 364/01)

¹⁶¹ DOUE 20/3/2010 (C83)

supranational level) en el ámbito europeo y su consideración sustantiva en los ordenamientos de los estados miembros¹⁶².

II.2.3- Breve referencia comparada: El marco comparado de referencia para esta Tesis, toma en consideración los sistemas normativos de aquellos países destacados por la defensa de los derechos civiles, en particular EE.UU, Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y Países Nórdicos.

El marco normativo de referencia de EE.UU lo constituyen la Rehabilitation Act de 1973, ADA 1990 y Amendments Act de 2008, cuya influencia en el desarrollo de los sistemas antidiscriminatorias de las democracias occidentales, está fuera de toda duda, y constituyen un punto de referencia obligado en el estudio de políticas antidiscriminatorias.

En cuanto a los países europeos en estudio, las fuentes consultadas son: de Alemania Ley SGBIX (Sozialgesetzbuch IX), de Francia su Code du Travail, de Italia Ley 68/1999, 12 marzo, para los derechos de las personas con discapacidad “Norme per il diritto al lavoro dei disabili, del Reino Unido DDA 1995 y en último lugar se hace mención al sistema básico de los países nórdicos, por su singularidad e importancia comparativa.

II.2.3.1) El marco jurídico de referencia en U.S.A: La Rehabilitation Act de 1973, inicia el tránsito desde una concepción asistencial hacia otra en la que se empieza a considerar a las personas con discapacidad como “sujetos

¹⁶² Gijzen Marianne, “Selected issues in equal treatment law: a multi-layered comparison of European, English and Dutch law” Oxford 2006, 551 pp En su cap II valora la importancia que la Carta, y del Tratado y de las Directivas 2000/43/EC, de 29 junio y 2000/78/EC, 27 noviembre, han fortalecido la “constitucionalización” de los principios de igualdad y no discriminación en el ámbito europeo.

plenos de derechos civiles”, ciudadanos plenos, que pueden participar en pié de igualdad en las actividades de la comunidad¹⁶³.

La ADA, American with Disabilities Act, de 1990¹⁶⁴, consolidó tal orientación y las normas contra la discriminación de los trabajadores con discapacidad entraron a formar parte del bloque de derechos civiles antidiscriminatorios (raza, color, sexo, nacionalidad, edad y religión). Se buscaba, mediante un sistema compensado de límites y ayudas, incrementar el empleo de las personas con discapacidad en un entorno laboral ordinario y razonable, en aquellas empresas u organizaciones que tuvieran más de 15 trabajadores. Actualizada por la Amendments Act de 25 septiembre de 2008, PL 110-325 del Congreso USA, entra en vigor en enero de 2009 y tiene por objeto establecer un mandato claro y completo, para la aplicación de la ADA en todo el país, evitando con ello interpretaciones desfavorables de la Corte Suprema relativas a discriminación por discapacidad¹⁶⁵.

Daron Acemoglu y Joshua D. Angrist¹⁶⁶ sostienen que aunque los efectos de la ADA han supuesto un punto y aparte en la consideración de los derechos laborales de las personas con discapacidad, no fueron todo lo

¹⁶³ Ver Samuel R Bagenstos: Comparative disability employment law from an American perspective; Comparative Labor Law and Policy Journal; University of Illinois College of Law, Vol 24 nº4, 2003, pgs 649-668 *“American disability law began to treat people with disabilities as full citizens, entitled to participate equally in all community activities-including, crucially, the life of work”*.

¹⁶⁴ Unites States Code, Título 42, The Public Health and Welfare

¹⁶⁵ Barry Kevin “Towards universalism: what the ADA Amendments Act of 2008 can and can’t do for disability rights” Berkeley Journal of employment and labor law, University of California, Vol 31, nº 1, pp 203-283.

¹⁶⁶ Ver Daron Acemoglu and Joshua D. Angrist. Consequences of employment protection: the case of the American with Disabilities Act; Journal of Political Economy: The University of Chicago Press, vol 109 nº 5, 2001, pgs 915-957

contundentes que pudiera esperarse. De las estimaciones realizadas durante los años 90, parece deducirse una disminución del empleo de los trabajadores con discapacidad, por debajo de 40 años, (cuando se estaba produciendo un incremento de ocupación de los trabajadores sin discapacidad) que se achacó, en principio, a los costes de adaptación y de despido de los trabajadores con discapacidad, con mayores efectos en empresas de tamaño medio que en las grandes empresas. Sin embargo, estudios posteriores¹⁶⁷ han señalado que las dificultades para establecer las series comparativas no permiten afirmar con rotundidad que los efectos de la ADA hayan sido perjudiciales para el empleo de los trabajadores con discapacidad¹⁶⁸, sino que los datos negativos registrados han sido debidos a una inadecuada clasificación de las personas con discapacidad, a efectos de estadística laboral, y que cuando se ha rectificado se ha observado una mejora de los datos de empleo en algunos tipos de discapacidad.

Como ocurre con otras minorías sociales, los trabajadores con discapacidad son considerados una fuerza de trabajo secundaria que se enfrenta a barreras excesivas para acceder a un puesto de trabajo¹⁶⁹ y, cuando lo consiguen, están expuestos al sistema LIFO en su relación laboral (*“last in*

¹⁶⁷ Ver Douglas Kruse & Lisa Schur: *Employment of people with disabilities following the ADA*, Industrial Relations, Blackwell Publishers, vol 42 n° 1, 2003, pgs 31-66.

¹⁶⁸ Ver Julie L. Hotchkiss: *A Closer Look at the Employment Impact of the American with Disabilities Act*, Journal of Human Resources, University of Wisconsin Press, vol 39 n°4, 2004, pgs 887-911. Ver también a Baldwin Marjorie L & Choe Chung “Wage discrimination against workers with sensory disabilities” *Industrial relations: a journal of economy and society*, Universidad de California, Vol 53, n° 1, 2014, pp 101-124

¹⁶⁹ Ver Marjorie L. Baldwin & Edgar J. Schumacher: *A note of job mobility among workers with disabilities*, Industrial Relations, Blackwell Publishers, Vol 41 n°3, 2002, pgs 430-441.

first out”, último en llegar primero en salir, o último en ser contratado y primero en ser despedido).

Para tratar de superar las difíciles condiciones de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo, la Oficina de Políticas para el Empleo de las Personas con Discapacidad¹⁷⁰, de la Administración Federal de Estados Unidos de América, puso en marcha el programa 2009/2012 *Real People Real Impact*, con el objetivo de incrementar la contratación de personas con discapacidad en el sistema ordinario, mediante la puesta en funcionamiento de políticas dirigidas a: mejorar las encuestas laborales, incrementar las oportunidades de contratación de personas con discapacidad en pequeñas y medianas empresas, contratistas públicos y empresas líderes, abrir oportunidades de empleo para trabajadores con discapacidad mayores de 45 años, y la promoción de sistemas de transporte accesible. Todas ellas constituyen un buen ejemplo de iniciativas inclusivas para mejorar el empleo de las personas con discapacidad.

II.2.3.2.) El marco jurídico de referencia en la UE (Alemania, Francia, Italia, Reino Unido, países Nórdicos).

a)Alemania: La Constitución Alemana, después de las modificaciones de 1994, art 3(3) sentence 2, introdujo la prohibición de discriminación para las personas con discapacidad¹⁷¹.

¹⁷⁰ Office of Disability Employment Policy, ODEP Accomplishments 2009-23012, Real People-Real Impact, United States Department of Labour.

¹⁷¹ Fiona Geist, Bernd Pietermann, Volker Widhammer: Disability Law in Germany; Comparative Labor Law and Policy Journal, University of Illinois College of Law, Vol 24 n°4, 2003, pgs 563-608.

En 2001, la Ley SGB IX¹⁷² (Sozialgesetzbuch IX), bajo la influencia de la Directiva 2000/78/CE, es la primera que contiene una regulación positiva relativa a las personas con discapacidad y marca un nuevo hito en la legislación social alemana que refuerza la integración de las personas con discapacidad en el empleo ordinario, en lugar de establecer puestos de trabajo específicos para ellos, especialmente para las mujeres con discapacidad por su mayor dificultad a la hora de encontrar un empleo.

La norma distingue entre las personas con discapacidad, aquellas en peligro de alcanzar una discapacidad y las de discapacidad severa

En 2002, la norma para la “Igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad (*Behindertengleichstellungsgesetz*)” formula el nuevo paradigma de la legislación alemana “integración total para una participación en igualdad”¹⁷³, facilitando a las personas con discapacidad el uso sin restricciones de transportes, edificios y comunicaciones, al objeto de facilitar su integración social¹⁷⁴.

El sistema alemán contempla “la integración por cuotas”; 6% para empresas de 20 o más empleados y la adaptación del puesto de trabajo. En

¹⁷² Boletín Oficial Federal nº 27, Bundesgesetzblatt nº 27, 22 junio 2001

¹⁷³ La principal tarea consistirá en aplicar y poner en funcionamiento el Nuevo paradigma para las personas con discapacidad, como señalan acertadamente los anteriormente citados Fiona Geist, Bernd Pietermann, Volker Widhammer: Disability Law in Germany; Comparative Labor Law and Policy Journal, University of Illinois College of Law, Vol 24 nº4, 2003, pgs 563-608.

¹⁷⁴ En España la LIONDAU conectó con este nuevo paradigma social, aunque, como ya señalé en otra parte de esta Tesis, después de 10 años de aplicación los avances han sido muy modestos (en noviembre de 2013, la LIONDA fue sustituida y derogada por el TRLGDPD).

su defecto una contribución económica creciente según se alejan del cumplimiento de la cuota.

Sin embargo la persona con discapacidad no tiene acción contra el empresario si éste no cumple la norma, aunque lo que no puede hacer el empresario, si una persona con discapacidad opta a un puesto de trabajo en competencia con otra, es desfavorecer a la persona con discapacidad. Desgraciadamente, el desempleo de las personas con discapacidad no ha parado de crecer a tasas superiores a las de los trabajadores ordinarios.

La Ley SGBIX, contempla una elevada variedad de organizaciones para el soporte y ayuda de las personas con discapacidad que vigilan su integración en el ámbito laboral.

b) Francia: El Código del Trabajo¹⁷⁵ (*Code du Travail*), Parte Quinta, Libro II, arts L5211 al 5221, Capítulo IV, contempla la regulación relativa a los trabajadores con discapacidad (*travailleurs handicapés*). No obstante la definición de discapacidad se residencia en el Código de Acción Social y de la Familia (*Code de l'action sociale et des familles*), Libro 1º, Capítulo IV, artículos L114 y 114.1 al 114.5, así como el procedimiento para ser declarado persona con discapacidad.

En la Ley de 1987 contemplaba que, al final de 1991, todas las empresas de 20 o más trabajadores deberían incluir una cuota del 6% de sus puestos de trabajo, ocupados por trabajadores con discapacidad. La ley de 12 julio de

¹⁷⁵ Código de Trabajo, Code du Travail, versión 20101021, edición 2010-10-22T06, con datos de la última modificación del 17/10/2010.

1990, relativa a la protección de las personas contra las discriminaciones en razón de su estado de salud o de discapacidad, incorporó novedades relativas al despido prohibiendo como causa de despido aquellas que se basaran en el estado de salud o en la discapacidad¹⁷⁶. En febrero de 2005 se aprobó una “Ley por la igualdad de derechos y de oportunidades, la participación y la ciudadanía de las personas con discapacidad” una de cuyas principales innovaciones es la “prestación de compensación” que *“cubrirá las consecuencias de la discapacidad en forma de ayuda técnica (acondicionamiento de una vivienda, compra de sillas de ruedas o humana (auxiliar de vida a domicilio) que se basará en las condiciones concretas de cada personas”*¹⁷⁷

Sin embargo, a pesar de todo, la regla excluyente de que las personas con discapacidad¹⁷⁸ tienen perores oportunidades de empleo, se cumple también en Francia; su desocupación es unas tres veces superior a la de las personas sin discapacidad y las empresa que cumplen con el 6% de ocupación no representan más del 45% y se permite soslayar esta obligación mediante contratación con empresas de trabajo protegido o bien mediante otras soluciones como ayudas económicas a la AGEFIPH

¹⁷⁶ Laborde Jean-Pierre, en “Quelques observations à propos de la loi du 12 de juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap” Droit Social, n° 7/8 Juillet-Août 1991, pp 615-618, hace un recorrido muy interesante sobre el trámite parlamentario y los posibles problemas que se derivarán de la prueba en un proceso de despido.

¹⁷⁷ Ver Phillipe Réau: Francia mejora su sistema de protección de las personas con discapacidad; Educación Obrera, Oficina Internacional del Trabajo, 2004/4, n° 137, pgs 33_37

¹⁷⁸ Ver Hervé Rihal “Le contentieux de l’obligation d’emploi des travailleurs handicapés: le respect de l’obligation des 6% apprécié par les juridictions administratives et judiciaires”, Revue de droit sanitaire et social; DALLOZ, N 6, 2010, p 1146-1050.

(Association Nationale de Gestion du Fonds pour L'insertion Professionnelle des Handicapés).

Las fórmulas permitidas por la Ley, Code du Travail, son: realización de contratos con establecimientos de trabajo protegido, establecimiento de un acuerdo colectivo (empresa o rama) que incluyera un programa a favor de los trabajadores con discapacidad (con acuerdo de la autoridad administrativa) contribución financiera a un fondo de inserción nutrido por las cotizaciones patronales. El sector público está sometido a las mismas exigencias que el sector privado.

El control del cumplimiento de la obligación legal de contratar personas con discapacidad en la empresa, se hace mediante declaraciones de las empresas indicando los puestos cubiertos o las alternativas adoptadas.

c) Italia: Persona con discapacidad “*persona handicappata*” es aquella que tiene una condición física, mental o sensorial disminuida que la produce dificultades en el aprendizaje, en sus relaciones sociales y en su integración en el mercado laboral, que pueden ser causa de exclusión social o de situarla en una posición desventajosa. La definición¹⁷⁹ se introdujo en Italia en 1992, Ley nº 104, feb 1992¹⁸⁰, incluye, también, el término de persona con discapacidad severa, como aquella que se ve afectada por una

¹⁷⁹ Ver Edoardo Ales, Disability in Italy: The Legal Concept; Comparative Labor Law and Policy Journal, University of Illinois College of Law, Vol 24,nº4, 2003, pgs

¹⁸⁰ Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, GUDI, nº 39, 17 feb 1992.

discapacidad en su autonomía de forma permanente y global y necesita asistencia continua “*handicap in situazione di gravità accertata*”.

La ley 12 marzo de 1999, n. 68¹⁸¹, para el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, “*Norme per il diritto al lavoro dei disabili*”, es la norma fundamental en la materia que distingue entre personas con discapacidad y personas con discapacidad severa, y el muy importante Decreto Presidencial de 10 octubre 2000, n.333¹⁸², que establece los criterios para la aplicación de la ley 12 marzo 1999. Más recientemente, la Ley 14 febrero 2003, n.30¹⁸³ en materia de ocupación y mercado de trabajo, y el decreto legislativo que la desarrolla, de 10 septiembre de 2003, n.276¹⁸⁴, de actuaciones en materia de ocupación y mercado de trabajo, conforman las bases del sistema italiano para la integración de las personas con discapacidad en el trabajo.

La determinación de persona con discapacidad debe seguir el criterio de valoración establecido por la entidad oficial correspondiente, que determina la habilidad o capacidad para el mercado laboral y se sitúa dentro del modelo económico medicalizado.

En Italia se produce una evolución similar a la de los demás países de la UE, no exenta de complejidad por las diferentes interpretaciones que

¹⁸¹ GUDI n.68 23/03/1999, suplemento ordinario n° 57/L

¹⁸² GUDI n° 270, 18/octubre/2000

¹⁸³ GUDI n° 47, 26 febrero 2003.

¹⁸⁴ GUDI, n° 235, 9 octubre 2003.

surgen de las definiciones contenidas en la legislación vigente¹⁸⁵, aunque conserva rasgos diferenciales. Así, existe la obligación de incorporar a personas con discapacidad, “*assunzione obbligatorie*”, de acuerdo con el número de trabajadores de la empresa; hasta 14 trabajadores no existe obligación, de 15 a 35 un trabajador, de 36 a 50 dos trabajadores, y más de 50 el 7%, contratación que debe realizarse a través de oficinas especializadas y por un tiempo determinado, 12 meses prorrogables otros 12, durante los cuales el empresario debe establecer la adaptación del puesto de trabajo y establecer un programa de integración, “*inserimento lavorativo*”, de cuyos gastos será compensado por la administración competente. Al final del periodo el empresario puede decidir si contrata al trabajador con discapacidad mediante un contrato laboral ordinario, sea por tiempo indefinido o no.

d)Inglaterra: Hasta la “*Disability Discrimination Act de 1995(C50)*”¹⁸⁶, la única legislación existente era la “*Disabled Persons (Employment) Act 1944*”, que tenía como objetivo mejorar los derechos de las personas con discapacidad en el empleo, establecía el sistema de cuotas a las empresas de más de 200 trabajadores, reservando el 3% de plazas para personas con discapacidad. La DP(E) de 1944, actualizada en 1958 y 1986, que fue

¹⁸⁵ Ver Giuliana Parodi: Problematiche inerenti all’inserimento lavorativo dei disabili, con particolare riferimento alla recente produzione legislativa; Revista Internazionale di Scienze Sociali, Università Cattolica del Sacro Cuore, 2004, Año CXII n° 3, pgs 339-351.,

¹⁸⁶ The Official Home of UK Legislation (HMSO). Toda la información legal del Reino Unido se encuentra en www.legislation.gov.uk y la correspondiente a la DDA 1995 en www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/50/contents,

completada por las *Chronically Sick and Disabled Persons Act* de 1970 y *Carers and Disabled Children Act* de 2000.

La DDA 1995 (C50), de 8 noviembre 1995, abandona el sistema de cuotas y establece un sistema de protección para las personas con discapacidad frente a las actitudes discriminatorias de los empleadores vigilando a quienes se ofrece el empleo, en qué términos se ofrece, por qué se rechaza la oferta de empleo y qué empleos se ofrecen. Sin embargo, debido a la definición de “disability” utilizada en la DDA, Gavin Mansfiel & Jhon Bowers¹⁸⁷, se preguntan *¿protege la DDA a aquellos que debería proteger?*

Desde 2004 (Amendment SI 2003/1673) se contemplan como acciones discriminatorias un tratamiento menos favorable, no llevar a cabo ajustes razonables, discriminación directa, acoso.

Para el modelo médico económico que contempla la DDA 1995, la persona con discapacidad es aquella que tiene una disfunción, “*impairment*”, física o mental que produce efectos adversos sustanciales y a largo plazo en su habilidad para hacerse cargo de sus actividades diarias. Para acogerse a la DDA se requiere un examen médico profesional que determine la discapacidad de la persona, lo que suele dar lugar a un efecto

¹⁸⁷ Ver Gavin Mansfield & John Bowers: Disabled Persons Under The Disability Discrimination Act 1995, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Uuniversity of Illinois Collrge of Law, 2003, Vol 24 nº 4, pgs 631-648.

estigmatizador para el individuo¹⁸⁸. El modelo médico-económico pone el acento en la discapacidad del sujeto; lo que en él funciona mal o no funciona.

La interpretación del concepto de discapacidad no es pacífica, pues a las contempladas en la guía para definir las cuestiones relativas a discapacidad “*Guidance on Matters to be taken into Account in Determining Questions Relating to the Definition of Disability (The Guidance)*” y en las Normas relativas a Discriminación por Discapacidad de 1996¹⁸⁹, “*The Disability Discrimination (Meaning of Disability) Regulations 1996*”, de 15 julio, se unen las aportadas por la jurisprudencia de los Tribunales de Empleo¹⁹⁰ “*Employment Appeal Tribunal*”, que no suelen coincidir con aquellas.

La Comisión para los Derechos de las Personas con Discapacidad, “*The Disability Right Commission*”, DRC, en 2003, para mejorar la aplicación de la DDA, recomendó algunas variaciones relativas a la clarificación de los términos “actividades diarias”, reconocimiento clínico de enfermedades mentales, el tiempo requerido para considerar que la disfunción es una discapacidad y los efectos discriminatorios que se producen cuando a una persona se la considera que tiene una discapacidad y cuando la tiene realmente, que dieron lugar a un borrador publicado en dic 2003,

¹⁸⁸ Ver Samuel R. Bagenstos: Comparative Disability employment Law from an American perspective: Comparative Labor Law and Policy Journal, University of Illinois College of Law, 2003, pgs 649-668

¹⁸⁹ www.legislation.gov.uk/ukxi/1996/1455/contents/made. Statutory Instruments, 1996 N° 1836 Disabled Persons, Disability Discrimination (Services and Premises) Regulations 1996.

¹⁹⁰ www.employmentappeals.gov.uk

“*Disability Bill*”, que se discutió posteriormente por el Comité del Parlamento en mayo 2004.

La forma en la que la discapacidad afecta a las oportunidades de empleo y al empleo de las personas con discapacidad, está sometida a múltiples factores y requiere análisis de interseccionalidad contemplando, entre otros, género y raza¹⁹¹.

La *Equality Act* 2010 (c15), del 8 de abril¹⁹², que entró en vigor el 1 de octubre 2010, reemplaza y actualiza los contenidos de la DDA, y contempla que la “protección frente a la discriminación de las personas con discapacidad resultará aplicable a las personas con discapacidad en un rango de diferentes aspectos de la vida diaria; empleo, educación, acceso a bienes y servicios, transportes, compra y alquiler de viviendas y relaciones con la administración” como se recoge en Parte 1 Introducción.

Incluye por primera vez a personas con VIH, cáncer y esclerosis múltiple, desde el momento de su diagnóstico¹⁹³, asimilándolas a una discapacidad, aunque sigue conservando un carácter médico en la definición de “disability”¹⁹⁴

¹⁹¹ Ver Richard Berthoud “Disability employment penalties in Britain” *Work, employment and society*, BSA, 2008 Vol 22 nº 1, p 129-148.

¹⁹² Equality Act 2010 en www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/pdfs/ukpga_20100015_en.pdf.

¹⁹³ Equality Act 2010, Schedule 1, Disability Supplementary Provision. PART 1 Determination of Disability nº 6 Certain Medical Conditions. “*Cancer, HIV infection and multiple sclerosis are each a disability*”

¹⁹⁴ Equality Act 2010 Part 2 Section A: The definition. A1) The Act defines a disabled person as a person with disability. A person has a disability for the purposes of the Act if he or she has a physical or mental impairment and the impairment has a substantial and long term adverse effect on his or her ability to carry out normal day-to-day activities

La *Equality Act* 2010 contempla, además, otros factores de protección: edad, género, matrimonio, maternidad, raza, religión, sexo y orientación sexual.

Las incertidumbres que plantearán al sistema judicial de UK las definiciones contempladas en la DDA¹⁹⁵, tendrán que interpretarse en conexión con el marco normativo de la UE, más garantista con la protección de las personas con discapacidad en el ámbito laboral y en permanente evolución.

e) Los Países Nórdicos: Los sistemas sociales de los países nórdicos han sido reconocidos como los más ambiciosos y universales de los sistemas sociales europeos, aunque empieza a ponerse en duda que las amplias coberturas sociales del modelo nórdico puedan ser satisfechas por sus economías nacionales. Por ello, coincidiendo con el proceso de integración en la UE, se ha iniciado la revisión del modelo para avanzar en la convergencia con los demás sistemas europeos.

Así, mientras que en el Grupo de los Países Nórdicos¹⁹⁶ el gasto en los sistemas de protección de la discapacidad, Eurostat 1999, era del 3,9% del PIB, en los países del Grupo Continental, Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Luxemburgo, Holanda, era del 2,65, en los países del Grupo Sur,

¹⁹⁵ Ver Katie Wells: *The Impact of the Framework Employment Directive on UK Disability Discrimination Law*, Industrial Law Journal, Industrial Law Society Oxford University Press, 2003, Vol 32 nº 4, pgs 253-273.

¹⁹⁶ Bjorn Hvinden, *Nordic disability policies in a changing Europe: is there still a distinct Nordic model?* Social Policy Administration; Blackwell Publishing Vol 38, nº 2 Abril 2004, pags 170-188,

Grecia, Italia, Portugal, España, del 1,9% y en el Reino Unido e Irlanda del 1,6%.

Estos gastos incluyen pensiones o subsidios, residencias y hogares de día, accesibilidad y mejora de vivienda, y apoyos para el empleo.

El Grupo Nórdico¹⁹⁷, ha dirigido sus esfuerzos a la implantación de acciones positivas y redistributivas, considerados como objetivos operacionales, más que a establecer objetivos generales, de intenciones o normativos. Y en particular ha hecho un mayor esfuerzo en fondos para pensiones que en recursos para integrar laboralmente a las personas con discapacidad, a diferencia de las acciones emprendidas por los demás países europeos en los que el esfuerzo se ha destinado a converger en objetivos generales (normas reguladoras) más que en los operacionales.

En el Grupo Nórdico no existe el sistema de cuotas obligatorias, pero se ha implantado un sistema fuerte de sanciones para aquellos empresarios que discriminen a las personas con discapacidad en su acceso y mantenimiento en el empleo.

II.2.3.3) Consideración general: La evolución de los sistemas de protección de las personas con discapacidad, que originariamente encajaban en el modelo utilitarista médico-económico, están evolucionado hacia un mix con mayor o menor peso del modelo social: hoy no se discute

¹⁹⁷ Björn Hvinden, *The Uncertain convergence of disability policies in western Europe*, Social Policy Administration, Blakwell Publishing, Vol 37 nº 6, 2003, pgs 609-624, establece cuatro grupos para efectuar su estudio. A saber: **Nordic countries**: Denmark, Finland, Norway and Sweden; **Continental countries**: Austria, Belgium, France, Germany, Luxembourg and the Netherlands; **Southern countries**: Greece, Italy, Portugal and Spain, **Western countries**: Ireland and the United Kingdom

la necesidad de adaptación del puesto de trabajo al trabajador con discapacidad pero “siempre que tenga un coste razonable” y en algunos países (Alemania, UK y Países Nórdicos) las medidas positivas toman en consideración algunas de las barreras sociales y urbanas existentes, aunque las reservas de un porcentaje de los puestos de trabajo no está vigente en todos los ordenamientos considerados, pues se considera que los sistemas de cuotas son ineficientes y son preferibles los programas específicos para la colocación de trabajadores con discapacidad y reforzar los sistemas de protección contra la discriminación.

Para el modelo utilitarista, médico-económico, las personas con discapacidad son portadoras de una disfunción que requiere apoyos para que se adapten al entorno laboral y al medio social. El problema es del trabajador.

El modelo social, sin embargo, entiende que es el entorno social el que debe adaptarse a la persona (todos somos iguales en derechos). Por consiguiente los entornos sociales (ciudades, empresas, viviendas, comunicaciones, instituciones, etc) deben adaptarse a los usuarios, especialmente las personas con capacidades diferentes.

En los países de la UE¹⁹⁸, bajo la influencia de la Directiva 2000/78 CE, y en todos los contemplados, las normas antidiscriminatorias de las personas con discapacidad en el empleo están deslizándose hacia un modelo mixto,

¹⁹⁸ Ver José Manuel Sánchez Cervera Senra & José Manuel Sánchez Cervera Valdés: Los trabajadores discapacitados; Monografías Laborales, CISS PRAXIS, 2000, pgs 19-33.

con gran influencia del modelo social, aunque los datos estadísticos sobre empleo siguen reflejando las dificultades para su implantación. Sin embargo, como señala Björn Hvinden¹⁹⁹ “no se observa una clara convergencia en las políticas de protección de las personas con discapacidad en los países europeos”.

II.3) El marco normativo español

II.3.1- El marco general

II.3.1.1) La base constitucional: El compromiso constitucional²⁰⁰ por la igualdad ante la ley y no discriminación, se contiene en los artículos 1.1, 9.2, (del Título preliminar) artículos 10, 14, 49 y 53 (del Título I de los derechos y libertades fundamentales) y, finalmente, el art. 149.1.1ª (Título VIII Capítulo Tercero).

Veamos el contenido de los artículos 1.1 y 9.2 del Título preliminar:

“art 1.1 España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

Hecha la declaración del artículo 1.1, el artículo 9.2, del texto constitucional, nombra sujetos y establece obligaciones para los poderes públicos:

“art 9.2 Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y

¹⁹⁹ Björn Hvinden, *The Uncertain convergence of disability policies in western Europe*, Social Policy Administration, Blackwell Publishing, Vol 37 nº 6, 2003, pgs 609-624 “A cross-national examination of recent developments does not suggest any clear trend towards policy convergence in the overall disability protection systems of members states”

²⁰⁰ Constitución Española, 27 de diciembre 1978, BOE num 311, 29 diciembre

efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y social”.

Es en el Título I “De los derechos y deberes fundamentales” donde se incluyen los artículos 10, 14, 49 y 53, que configuran el blindaje constitucional de las personas con discapacidad ante situaciones de desigualdad y discriminación, especialmente por los artículos 14 y 15 incluidos en el capítulo segundo de éste Título, que gozan de tutela jurisdiccional reforzada.

Art 10:1) “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social” .

2) “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

El art 14²⁰¹, se encarga de establecer con rotunda claridad la igualdad ante la ley y la prohibición radical de discriminación por los motivos señalados en el citado artículo.

“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

²⁰¹ Los arts 14 al 29, capítulo segundo “Derechos y Libertades, del Título I, constituyen el bloque de los derechos fundamentales que tiene atribuida tutela jurisdiccional reforzada.

Como acertadamente señala Valdés Dal-Re²⁰² *“ningún derecho fundamental ha experimentado una transformación tan importante en su concepto material y en su vinculabilidad jurídica como el derecho a no ser discriminado. En lo que concierne al primer aspecto, el derecho ha transitado de una noción formal a una noción material; en lo que se refiere a su vinculabilidad, la interdicción de no discriminación, debe ser concebida como un derecho estrictamente oponible frente a los poderes públicos, ha pasado a ser un derechos de aplicación en la esfera privada y, muy señaladamente, en las relaciones laborales”*

Con el tiempo, el desarrollo normativo, la jurisprudencia y la doctrina constitucional²⁰³ han ido rellenando de contenido la segunda acepción (*“sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*) incluyendo, entre otros, discapacidad, edad u opción sexual, relación que se mantiene abierta a nuevas incorporaciones²⁰⁴.

El mandato constitucional del art 14 CE, penetra positivamente en el ámbito laboral, arts 4.2.c, y 17 del Estatuto de los Trabajadores, pues, como

²⁰² Valdés Dal-Re “Persona del trabajador, Constitución, principio de igualdad” en AA.VV La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales, Ministerio de Trabajo, Madrid 2005 pp 1209-1325

²⁰³ STC 36/2011, de 28 marzo FJ2, “Esta referencia expresa a concretas razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos que la provoque, pero si representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas.....”

²⁰⁴ La inclusión de la enfermedad y la obesidad, como causas impeditivas o restrictivas de la realización de un trabajo, han sido consideradas como discapacidad por el Tribunal de Jjusticia de la Unión Europea En asuntos C335/11, 337/11 y 354/13, ver apartado IV.2.1, pp 261-266, de esta Tesis.

acertadamente señala Sagardoy Bengoechea²⁰⁵ “*Son derechos del ciudadano-trabajador que ejerce como trabajador ciudadano, es decir, derechos de la persona que están impregnados por la relación laboral*”.

Como en la reciente Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, TRLGDPC, el acoso se considera (siguiendo la línea de la LIONDAU) como un factor más de discriminación²⁰⁶ de las personas con discapacidad, entiendo que las demandas por acoso deberían conducirse buscando el amparo del art. 14CE.

El art 49 del texto constitucional establece un mandato expreso²⁰⁷ a los poderes públicos para que realicen una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los “*disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*”, a los que deberá prestarse atención especializada y el amparo que requieran para disfrutar de los Derechos incluidos en el Título I, entre ellos los relativos a garantía de asistencia, prestaciones sociales suficientes y el derecho y protección de la salud respectivamente, arts 41 y 43.

Pues bien, todos los derechos amparados constitucionalmente por los arts 14 a 29 CE, gozan de tutela jurisdiccional reforzada establecida por mandato expreso en el art 53.2 CE; pueden ser directamente exigibles ante

²⁰⁵ Juan Antonio Sagardoy Bengoechea; Los derechos fundamentales en el contrato de trabajo, Cuadernos Civitas, Ed Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, pags 11- 32.

²⁰⁶ Art 35.6 del Texto Refundido de la ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el RD Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, BOE num 289 de 3 diciembre.

²⁰⁷ Rodríguez Piñero Miguel entiende que este precepto permite interpretar que existe un reconocimiento constitucional de los derechos de las personas con discapacidad “Un nuevo paso en la protección jurídica de las personas con discapacidad” Relaciones laborales nº 18, 2008, p 2

los tribunales ordinarios y deberán interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según establece el art 10.2 CE.

Y como cierre, la garantía²⁰⁸ que otorga el art. 149.1.1ª por la que el Estado tiene competencia exclusiva para “la regulación de las condiciones básicas de la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales” por lo que dispone de “*las facultades normativas para determinar y definir las condiciones básicas de igualdad y no discriminación*”

*II.3.1.2) El Derecho positivo. Evolución y situación actual*²⁰⁹: La Ley 13/1982²¹⁰, de 7 abril, sobre Integración Social de los Minusválidos, LISMI, ha sido el punto de partida en materia de integración de las personas con discapacidad, que marcó un largo periodo de la legislación española sobre discapacidad, por su carácter armonizador e innovador, aunque conceptualmente tributaria del modelo médico y utilitarista de la discapacidad.

En su articulado se contemplan: prevención, diagnóstico y valoración, prestaciones sociales y económicas, rehabilitación medico funcional,

²⁰⁸ De Lorenzo Rafael y Palacios Agustina en “Los derechos de las personas con discapacidad” Vol I Aspectos jurídicos, Ed Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp 3-123, señala que dentro de las condiciones básicas de la igualdad y no discriminación, se deben entender, también, el establecimiento de un régimen sancionador (STC 102/1995 y 156/1995).

²⁰⁹ Por razones metodológicas, la situación actual se refiere a 31 de diciembre de 2013, fecha de cierre de las referencias normativas de esta Tesis.

²¹⁰ Ley 13/1982, 7 abril, sobre Integración Social de los Minusválidos, BOE num 103, 30 abril 1982, derogada por el RD Legislativo 1/2013 de 29 noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. BOE num 298 de 3 diciembre..

educación, recuperación profesional e integración laboral, se establecen las cuotas de reserva de empleo, los Centros Especiales de Empleo e introduce aspectos ligados a la movilidad.

Hay que esperar hasta diciembre del año 2003, para que se produzcan modificaciones sustanciales en el sistema legislativo, como consecuencia de la aprobación de la Ley 51/2003²¹¹, de 2 diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad, LIONDAU, de la Ley 53/2003²¹², de 10 de diciembre, sobre empleo público de los discapacitados, la Ley 56/2003²¹³, de 16 de diciembre, de Empleo, y se trasponga a nuestro derecho positivo la Directiva 2000/78/CE para la Igualdad de Trato en el Empleo y la Ocupación, mediante la aprobación de la Ley 62/2003²¹⁴, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado).

La transposición de la Directiva 2000/78, aunque realizada de forma atropellada en el límite del plazo disponible, diciembre de 2003 (utilizando el discutible²¹⁵ procedimiento legislativo de incluirla en la ley de acompañamiento de los presupuestos) introdujo notables modificaciones en la propia LISMI, el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Infracciones y

²¹¹ BOE 289 de 3 diciembre Ley 51/2003, de 2 diciembre, derogada igual que la anterior

²¹² BOE 296 de 11 diciembre Ley 53/2003, de 10 diciembre.

²¹³ BOE 301 de 17 diciembre Ley 56/2003, de 16 diciembre.

²¹⁴ BOE 313 de 31 diciembre Ley 62/2003, de 30 diciembre.

²¹⁵ Beatriz Quintanilla Navarro; Igualdad de trato y no discriminación en función de la desigualdad, en Relaciones laborales personas con discapacidad, Dirigido por Fernando Váldes Dal-Re, Madrid, Biblioteca Nueva 2005, pags 205-243

Sanciones en el Orden Social, LISOS, y la Ley de Procedimiento Laboral, LPL, hoy Ley Reguladora de la Jurisdicción Social²¹⁶.

La declaración del año 2003 como Año Europeo de las personas con discapacidad²¹⁷, propició, sin duda, la aparición de importantes iniciativas como la Declaración de Madrid²¹⁸, de 2002, el I Plan Nacional de Accesibilidad 2004/2012²¹⁹, elaborado por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales, IMSERSO, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de julio 2003, el II Plan de Acción para las Personas con Discapacidad 2003/2007²²⁰, de diciembre 2003. A estas iniciativas han seguido la Estrategia Global de Acción para las Personas con Discapacidad 2008-2012²²¹, aprobada por el Consejo de Ministros el 26 de septiembre 2008, previa concertación con los agentes sociales y el CERMI, que dio cumplimiento al mandato contenido en la Disposición final cuarta de la Ley 43/2006²²², de 29 de diciembre, para la Mejora del Crecimiento y el Empleo, y el III PLAN de Acción para las Personas con Discapacidad 2009-2012²²³, de julio 2009, que incluye siete objetivos operativos, agrupados en Áreas, siendo el Área III la concerniente al empleo.

²¹⁶ Ley 36/2011, de 10 octubre reguladora de la jurisdicción social, BOE 11/octubre/2011.

²¹⁷ Decisión 2001/903/CE del Consejo, de 3 diciembre 2001, DOL 335 de 19/12/2001, pp 15-20

²¹⁸ Congreso Europeo de las Personas con Discapacidad, celebrado en Madrid del 20-23 marzo 2002.

²¹⁹ PNDA 2004 a 2012, Aprobado por Consejo de Ministros 25 julio 2003, IMSERSO, MTAS, NIPO 209-04-006-7

²²⁰ II Plan de Acción de las Personas con Discapacidad, aprobado por Consejo de Ministros 5 diciembre 2003, MTAS,

²²¹ Estrategia Global de Acción para las Personas con Discapacidad 2008-2012, MT y MS, NIPO 790-09-189-6 y NIPO 890-09-036-4.

²²² BOE 312, de 30 diciembre Ley 43/2006, de 29 diciembre, para la mejora del crecimiento y el empleo,.

²²³ III Plan de Acción de las Personas con Discapacidad, aprobado por Consejo de Ministros 10 julio 2009, MTAS.

Merece la pena resaltar como en virtud del debate público generado por la discusión y aprobación de la Ley 39/2006²²⁴, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las Personas en Situación de Dependencia, conocida como “*Ley de la dependencia*”, se ha puesto de manifiesto ante la sociedad española la realidad de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida ordinaria y, entre ellos, como no podía ser menos, los de su integración laboral.

Completan este fecundo periodo de la legislación española en contra de la discriminación de las personas con discapacidad, la Ley 49/2007²²⁵, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

La ratificación española de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su protocolo Facultativo, del 27 de noviembre de 2007²²⁶ (que entra en vigor el 3 de mayo de 2008) y con fundamento en el artículo 4 de la Convención, se aprobó la Ley 26/2011²²⁷, de 1 agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que estableció en su disposición final segunda la autorización legislativa para que el gobierno, previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, elaborara “*un*

²²⁴ BOE 299, de 15 diciembre Ley 39/2006, de 14 diciembre,.

²²⁵ BOE 310 de 27 diciembre Ley 49/2007, de 26 diciembre,.

²²⁶ BOE 96 de 21 abril de 2008 publica el instrumento de ratificación de la Convención hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

²²⁷ BOE 184 de 2 agosto, Ley 26/2011, de 1 agosto.

texto refundido en el que se regularicen, aclaren y armonicen la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad". Mandato que culminó con la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, TRLGDPD, que refunde, aclara, armoniza y deroga las leyes 13/1982, de 7 abril, 51/2003, de 3 diciembre y 49/2007, de 26 diciembre.

La evolución legislativa en este periodo 1982-2013, relativa a las personas con discapacidad, con el tránsito desde la LISMI hasta el TRLGDPD, representa un formidable cambio de enfoque²²⁸ que bascula desde el concepto médico de discapacidad hacia un modelo comprensivo que,

²²⁸ En AA.VV 2003-2012: 10 años de legislación sobre discriminación de personas con discapacidad en España, Colecciones CERMI, Edita CINCA, Madrid, 2012, 466 pp, editado antes de la publicación del TRLGDPD pero vigentes LISMI y LIONDAU los autores:

Pérez Bueno Luis Cayo "La configuración jurídica de los ajustes razonables" señala que "en este renovado enfoque político normativo se insertan tres dispositivos cruciales para la efectividad de los derechos que propugna este modelo que son, a saber el diseño para todas las personas, la accesibilidad universal y los ajustes razonables" pp 159-183

De Lorenzo Rafael y Palacios Agustina, "Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional" señala este tránsito desde la acción positiva, LISMI, a la igualdad de oportunidades, LIONDAU" pp 3-123.

aunque manteniendo elementos del modelo médico²²⁹, tiene vocación de situarse dentro del modelo social.

Pero permítanme que, aunque derogada con efectos 4 de diciembre de 2013, vuelva a la Ley 51/2003, de 3 diciembre, de Igualdad de Oportunidades no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, LIONDAU, una de las grandes leyes de la democracia española que introduce, por primera vez, conceptos de no discriminación, vida independiente, accesibilidad universal y diseño para todos, en armonía con el modelo social de la discapacidad²³⁰.

La Ley 51/2003, de 3 de diciembre, LIONDAU, constaba de 20 artículos, cuatro disposiciones adicionales y quince disposiciones finales. Fue, a mi juicio, un texto novedoso y atrevido que en su art 1.1, párrafo primero, dice:

“Esta Ley tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española”.

“A estos efectos, se entiende por igualdad de oportunidades la ausencia de discriminación, directa o indirecta, con motivo de o sobre la base de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de

²²⁹ Véase la redacción del artículo 4.2 del TRLGDPD.

²³⁰ Aunque, como ya he citado anteriormente, la legislación española (y europea) avanza con decisión hacia el modelo social, conserva todavía (los conservaba vigente la LIONDAU y los mantiene ahora con el TRLGDPD) elementos del modelo médico de la discapacidad (art 4.2 TRLGDPD) Cordero Gordillo Vanessa, señala “La definitiva asunción del modelo social: la trasposición de la Directiva 200/78/CE y la LIONDAU” en p 57 de “Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp 167.

condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Asimismo se entiende por igualdad de oportunidades la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social”

Sin embargo el apartado 2 del art 1, primero y segundo párrafo, que resultaba limitativo y confuso, fue modificado por el artículo 1.Dos, de la Ley 26/2011, de 1 agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²³¹, estableciendo con claridad a quienes se considera personas con discapacidad y que, con independencia del reconocimiento oficial de la situación de discapacidad, podrán acogerse a las medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial contempladas en la ley, lo que abre un extenso campo para su aplicación.

El apartado 2 del artículo 1 de la Ley 51/2003, queda así en virtud de la citada modificación

“Son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en iguales condiciones con los demás.

Las medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial, contempladas en esta Ley serán de aplicación a las personas con discapacidad, con independencia de la

²³¹ BOE 184, de 2 agosto 2011.

existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad. En todo caso las Administraciones públicas velarán por evitar cualquier forma de discriminación que afecte o pueda afectar a las personas con discapacidad”

Y en el párrafo tercero del citado artículo se establece quienes, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de persona con discapacidad.

“Ello no obstante, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán afectados por una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de las Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional”.

La equiparación que se hace en el art 1.2, ley 51/2003, de los pensionistas de la Seguridad Social con incapacidad permanente total, absoluta o de gran invalidez, y de los pensionistas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente, con las personas con una “minusvalía” del 33%, como se ha señalado en otro lugar²³², se hace exclusivamente a los efectos de la ley 51/2003 y no a los que se deriven de la ley 13/1982, LISMI (STS 21 marzo y 20 junio 2007²³³).

²³² Apartado II.1.1

²³³ SSTs, Sala de lo Social, de 21 de marzo 2007, ROJ 3872/2005 y 20 junio 2007, recurso 2823/2006.

EL art 2, recoge los principios en los que se inspira la Ley: vida independiente, normalización, accesibilidad universal, diseño para todos, dialogo civil y transversalidad.

De acuerdo con el principio de transversalidad, el art 3, establece los ámbitos en los que se aplicará esta Ley: telecomunicaciones y sociedad de la información, espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación, transportes, bienes y servicios a disposición del público o relaciones con las Administraciones públicas, Administración de justicia y patrimonio cultural.

Pero además, en el último párrafo del art 3, señala;

“la garantía y efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación se regirá por lo establecido en esta Ley, que tendrá carácter supletorio a lo dispuesto en la legislación específica de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación”.

Dicho así, el artículo 3 abriría la posibilidad de aplicar con carácter supletorio las disposiciones de esta Ley, en aquellos conflictos laborales en los que la controversia de las partes tuviera como causa la violación del principio de igualdad de oportunidades en el empleo y la ocupación de las personas con discapacidad.

El artículo 4, relativo a la vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades, ofrece un amplio repertorio terminológico que favorecerá la tutela jurídica de las personas con discapacidad. Dice así:

“Se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas”.

La inclusión del acoso en el art.4 fue un acierto de “repesca” del legislador, (que se ha reproducido en el TRLGDPD) porque el acoso no figuraba dentro del concepto de igualdad de oportunidades definido en el art 1.1. Por otra parte, el incumplimiento de las exigencias de accesibilidad y de realización de ajustes razonables²³⁴, presentan unos límites difusos que deberán completarse caso por caso, si bien los límites de razonabilidad son cuantitativos (coste excesivo) sujetos a una valoración de coste/ beneficio.

Mención especial merecen las definiciones del artículo 7, relativas a medidas contra la discriminación, por su significación comprensiva, que *“podrán consistir en prohibición de conductas discriminatorias y de acoso, exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de*

²³⁴ Como acertadamente señala Pérez Bueno Luis Cayo la garantía para la accesibilidad universal y el diseño para todos, se encuentra en los ajustes razonables, que de no realizarse estará poniendo de manifiesto “zonas de sombra en lo referido a la integridad de los derechos” en “La configuración jurídica de los ajustes razonables” pp 150-183 en AA:VV 2003/2012: 10 años de legislación sobre discriminación de personas con discapacidad en España” CERMI, Edita CINCA, Madridd, 2012, 466 pp

realizar ajustes razonables”. Y se incluye como conducta discriminatoria la referida al acoso²³⁵ en el art 7.a):

“a) toda conducta relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”

La Ley 51/2003 contempla y define medidas de acción positiva y condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación. Las medidas de acción positiva hacen referencia a los apoyos específicos, normas, criterios y prácticas más favorables, destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad para su incorporación plena a los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, arts 8.1,2 y 9.1. Los criterios que deben seguir las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación en edificios, entornos, instrumentos, tecnologías, instalaciones, equipos y recursos, se incluyen en el artículo 10.2. Dice así:

“las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación establecerán para cada ámbito o área medidas concretas para prevenir o suprimir discriminaciones, y para compensar desventajas y dificultades. Se incluirán disposiciones sobre, al menos, los siguientes aspectos”

²³⁵ La Directiva 2000/78CE, ya consideraba discriminatorio el acoso *“art 2.3, se considera discriminatorio el acoso porque se trata de una conducta no deseada, con el objetivo o consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona y crear un entorno humillante, degradante, intimidatorio, ofensivo u hostil.”*

Aspectos que desarrolla en los apartados a /f incluyendo condiciones de accesibilidad de edificios y entornos, condiciones más favorables en el acceso, participación y utilización de recursos, apoyos complementarios económicos, tecnológicos y de servicios, adopción de normas adecuadas, planes y calendarios para la implantación de las exigencias de accesibilidad, incluyendo la determinación de los recursos requeridos.

Un nuevo art 10 bis, para la igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios, en el sector público o en el privado, fuera del ámbito de la vida privada y familiar, se añadió a la Ley 51/2003 en virtud del artículo 1.7 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aunque dada la dificultad del empeño habría sido necesario un elevado grado de coraje político para su aplicación efectiva. Sin embargo, como era de esperar, los avances en esta materia han sido irrelevantes.

El capítulo III de la Ley 51/2003, contiene medidas de fomento de la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, mediante un mandato genérico a las Administraciones públicas para desarrollar, fomentar, adecuar, asegurar medidas de sensibilización y formación, calidad e innovación, arts 11 al 16. Las medidas de defensa, arts 18 a 20, introducen algunas novedades concretas dignas de mención, como el arbitraje voluntario, la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad, art 18.3, la

individualización de la indemnización por daño moral aunque no exista daño económico, art 18.2, la posibilidad de que las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen, art 19, y los criterios especiales sobre prueba de hechos relevantes en procesos civiles y de la jurisdicción social, art 20, que trasladan la carga de la prueba al demandado para que aporte justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Finalmente el art 21 establece el derecho de las personas con discapacidad que hayan sufrido una conducta discriminatoria, como consecuencia de una actuación contraria al art 10 bis, a ser indemnizadas por los daños y perjuicios sufridos.

Las disposiciones adicionales de la Ley, siguiendo una técnica legislativa bastante habitual, introducen modificaciones relativas a la discapacidad en la legislación laboral, la función pública y la propiedad horizontal.

Así, la disposición adicional primera modifica el art 46.3 del ET, añade la discapacidad como razón para solicitar la excedencia. En el mismo sentido la disposición adicional segunda en relación con el segundo párrafo del art 29.4 de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

La disposición adicional tercera modifica los artículos 10, 11 y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con el régimen de acuerdos para suprimir barreras físicas en aquellas comunidades en las que vivan

personas con discapacidad, contempla medidas de acción positiva bastante farragosas, que trataban de dar solución a la adopción de acuerdos para solucionar problemas de accesibilidad en las comunidades de propietarios (que han sido modificados por la disposición final primera de la Ley 8/2013²³⁶, de 27 junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, en los artículos 9, 10 y 17 para facilitar actuaciones de accesibilidad universal).

La disposición adicional cuarta modifica la disposición adicional sexta de la Ley 24/2001 de medidas fiscales, administrativas y del orden social, relativas al grado mínimo de minusvalía en relación con las medidas de fomento del empleo y las modalidades de contratación, al introducir como beneficiarios a las personas con un grado de discapacidad de, al menos, el 33%.

La Ley 26/2011, añadió a la Ley 51/2003, una disposición adicional quinta que obliga a que los proyectos de las infraestructuras de titularidad estatal de transportes, carreteras, ferrocarriles, aeropuertos y puertos, incluyan una memoria de accesibilidad, y la disposición adicional sexta por la que se establece que el Observatorio Estatal de la Discapacidad, se considerará como un instrumento técnico de la Administración General del Estado.

Las disposiciones finales quinta, sexta, séptima, octava y novena, modificadas también por la Ley 26/2011, establecen plazos (que se han

²³⁶ BOE 153 de 27 junio de 2013. La modificación de los artículos 9, 10 y 17 facilita la realización de obras de accesibilidad para personas con discapacidad.

incumplido) para determinar las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación en las relaciones con las Administraciones públicas, en el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público, para el acceso y utilización de las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social, para el acceso y utilización de los medios de transporte, y para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones.

Desgraciadamente los avances formales que introdujo la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, LIONDAU, incorporando el modelo social al tratamiento legislativo sobre discriminación de las personas con discapacidad, ha encontrado una débil e imprecisa respuesta reglamentaria y una actividad bastante timorata de las Administraciones Públicas, dando lugar a una deficiente implantación de medidas de acción positiva y la consiguiente falta de implantación del diseño para todos y la accesibilidad universal mediante ejustes razonables.

El desarrollo normativo de la LIONDAU ha dado lugar a los siguientes reglamentos:

-RD 424/2005²³⁷, de 15 abril, Reglamento sobre Condiciones para la Prestación del Servicios de Comunicaciones Electrónicas y Servicio Universal.

²³⁷ BOE nº 102, de 29 abril de 2005.

- RD 1414/2006²³⁸, de 1 diciembre, por el que se determina la consideración de Persona con Discapacidad a los efectos de la ley 51/2003.
- RD 1417/2006²³⁹, de 1 diciembre, por el que se establece el Sistema Arbitral para la Resolución de Quejas y Reclamaciones en Materia de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad por Razón de Discapacidad.
- RD 366/2007²⁴⁰, de 16 marzo, por el que se establecen Condiciones de Accesibilidad y no Discriminación de las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración General del Estado.
- RD 1494/2007²⁴¹, de 12 noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre Condiciones Básicas para el Acceso de las Personas con Discapacidad a las Tecnologías, Productos y Servicios Relacionados con la Sociedad de la Información y Medios de Comunicación Social.

En el mismo mes de diciembre, en el que se aprobó la LIONDAU, se aprobó **la Ley 62/2003, de 30 de diciembre**, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social²⁴², incluía la trasposición de las Directivas 2000/78/CE y 2000/43/CE, e introdujo cambios de gran calado en la normativa laboral (Título II, de lo Social, Capítulo III, Medidas para la aplicación del Principio de Igualdad de Trato), incorporando “*al ordenamiento jurídico español conceptos clave del modelo social de la*

²³⁸ BOE nº 300, de 16 diciembre 2006.

²³⁹ BOE nº 297, de 13 diciembre 2006.

²⁴⁰ BOE nº 72, de 24 marzo 2007.

²⁴¹ BOE nº 279, de 21 noviembre 2007.

²⁴² BOE nº 313, de 31 diciembre de 2003

*discapacidad como los de discriminación directa, e indirecta, acciones positivas y, especialmente, el de ajustes ajustes razonables*²⁴³”. Dada la importancia y naturaleza de la materia tratada, hubiera sido de agradecer la utilización de un Proyecto de Ley específico, en lugar de tramitarla dentro de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado de 2004, quedando subsumida en el debate de la tramitación presupuestaria y, por ende, sin proyección social.

La Trasposición de las Directivas 2000/78/CE y 2000/43/CE, al ordenamiento jurídico español, modifica el Estatuto de los Trabajadores, la LISMI y la LISOS.

Entre las medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato contempladas en el Capítulo III, artículo 27, “Objeto y ámbito de aplicación”, se incluye un mandato claro y sin restricciones al sector público y privado, para la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación. Así:

“1. Este capítulo tiene por objeto establecer medidas para la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación, en particular por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, en los términos que en cada una de sus secciones se establecen. 2 Este capítulo será de aplicación a todas las personas, tanto en el sector público como en el privado”.

²⁴³ Aunque la LIONDAU introdujo estos conceptos con anterioridad, no cabe duda de que su irrupción en el ordenamiento jurídico laboral es obra de la trasposición comentada, sin perjuicio de que el procedimiento seguido para la trasposición ha sido criticada por bastantes autores, En este sentido Cordero Gordillo Vanessa, en “Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo” Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp 177.

Sigue el legislador señalando en qué consiste la igualdad de trato, art 28:

“la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona”

Y establece con claridad el alcance de la discriminación directa, la indirecta y el acoso, cuestiones todas ellas relevantes para proporcionar seguridad jurídica a las personas con discapacidad, que culmina en el art 28 con una definición del siguiente tenor:

“Cualquier orden de discriminar a las personas por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones religiosas, discapacidad, edad u orientación sexual se considerará en todo caso discriminación. El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones religiosas, discapacidad, edad u orientación sexual se considerarán en todo caso actos discriminatorios”.

Los artículos 29 a 33, tratan de las medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación por el origen racial o étnico de las personas, pero los aspectos relacionados con la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, se remiten, en virtud del art 29.1, párrafo segundo, a la sección 3ª de este capítulo, arts 34 a 43, de las que nos ocupamos seguidamente.

El art 34.1 define el ámbito de aplicación en un loable ejercicio de claridad legislativa, cuando extiende su objeto a:

“establecer medidas para que el principio de igualdad de trato y no discriminación sea real y efectivo en el acceso al empleo, la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, las condiciones de trabajo, la promoción

profesional y la formación ocupacional y continua, así como en el acceso a la actividad por cuenta propia y el ejercicio profesional y la incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta”.

Sigue el apartado 2:

“a los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad u orientación sexual de una persona”.

Las diferencias de trato debidas a alguna de las causas anteriores, no se considerará discriminación cuando constituyan un requisito profesional esencial y determinante, pero siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

El artículo 35 indica que se podrán adoptar medidas de acción positiva para garantizar la igualdad de trato (que no añaden contenido esencial a lo establecido en la LIONDAU) y el art 36 incluye el principio de carga de la prueba en los procesos del orden jurisdiccional civil y contencioso-administrativo.

El art. 37, introduce una nueva redacción de los siguientes artículos del Estatuto de Los Trabajadores: art 4.2.c) respecto a la prohibición de discriminación directa o indirecta en el empleo de las personas con discapacidad; art 4.2.e) relativo al respeto de la intimidad y dignidad de los trabajadores; art 16.2 prohibiendo a las agencias de colocación la discriminación por cualquiera de las condiciones antidiscriminatorias; art

17.1 declarando nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario por motivos discriminatorios y por las que quiebren el principio de indemnidad; art 54.2, relativo al despido disciplinario por decisión del empresario por incumplimiento grave y culpable del trabajador, al que se añade un nuevo incumplimiento contractual, apartado g) *“el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa”*.

El art 38 incluye una profunda y radical modificación del art 37 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, LISMI, relativo a la integración laboral, sustituyendo el término minusválido por el de trabajadores o personas con discapacidad y estableciendo que será finalidad primordial de la política de empleo, la integración de las personas con discapacidad en condiciones que garanticen la aplicación del principio de igualdad de trato, entendiendo éste como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta. Por el apartado Dos del art 38, se añade el art.37 bis a la ley 13/1982, que introduce la obligación del empresario para adaptar el puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa con el fin de que las personas con discapacidad puedan desarrollar y promocionar en su trabajo, en condiciones aceptables y siempre que no supongan una carga excesiva para el empresario. La utilización de la expresión carga excesiva,

por su indeterminación, deberá ser objeto de clarificación normativa, doctrinal o jurisprudencial, salvo que los convenios colectivos se establezcan criterios para su determinación.

El artículo 39 introduce modificaciones en el art. 3.1.c) de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el nuevo marco de una prestación de servicios transnacional, relativas a las condiciones de trabajo que deberán garantizar los empresarios a los trabajadores desplazados a España en el marco de una prestación de servicios transnacional y, entre ellas, las de igualdad de trato y no discriminación en los términos conocidos.

El art 40, apartado Uno, incluye modificaciones en el art 96 de la Ley de Procedimiento Laboral 2/1995²⁴⁴, en aquellos aspectos relativos a la carga de la prueba, que sigue incluido como art 96 en ésta:

“.....corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”,

Y en el apartado Dos se incluye el trato discriminatorio y el acoso dentro de los procesos de tutela de los derechos fundamentales contemplados en el art 181 de la LPL, que en virtud de la nueva Ley 36/2011, de 10 octubre, reguladora de la Jurisdicción Social se han incorporado a su art 177.1.

²⁴⁴ Derogada y sustituida por la La Ley 36/2011, de 10 agosto, reguladora de la Jurisdicción Social, BOE num 245 de 11 agosto 2011.

El art 41 incluye modificaciones en la Ley 5/2000, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Así, en el apdo Uno se modifica el apartado 12 del art. 8, infracciones muy graves en materia de relaciones laborales, incluyendo las nuevas causas de discriminación, incluida la discapacidad, y en el apdo Dos se añade el 13 bis, en relación con el acoso producido en el ámbito de la empresa por cualquiera de las causas contempladas en art 4.2.c) del ET.

En el apdo Tres se modifica el 2 del art 16, considerando infracciones muy graves en materia de empleo cuando se publiquen o difundan condiciones para el empleo que constituyan discriminación por cualquiera de las causas contempladas en el art 4.2.c) del ET.

El art 42 sobre fomento de la igualdad en la negociación colectiva contiene la previsión de que

“los convenios colectivos podrán incluir medidas dirigidas a combatir todo tipo de discriminación en el trabajo, a favorecer la igualdad de oportunidades y a prevenir el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”..

Y el art 43 incluye un mandato programático a los poderes públicos para que las empresas y las organizaciones sindicales y empresariales, fomenten la adopción de planes de igualdad a favor de las personas con discapacidad, cuestión que hasta ahora²⁴⁵, ha sido prácticamente ignorada en los

²⁴⁵ Capítulo II.3.2 “Discapacidad y agentes sociales”

convenios colectivos, aunque algunas grandes empresas empiezan a preocuparse por las personas con discapacidad.

Coincidiendo con el Día Internacional de las Personas con Discapacidad, el Consejo de Ministros del 3/12/2010, aprobó el Proyecto de Ley²⁴⁶ de adaptación normativa a la Convención Internacional de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que, definitivamente aprobado por el Congreso de los Diputados como Ley 26/2011²⁴⁷, de 1 agosto, afecta a diversas materias: empleo, igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, sanidad, seguros, protección civil y cooperación internacional. , contempla la modificación de las leyes que se indican a continuación, y en su disposición final segunda incluyó el mandato para refundir, regularizar, aclarar y armonizar la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, BOE 103 de 30 abril 1982, la Ley 51/2003, de 2 diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad, BOE 289, 3 diciembre 2003 y la Ley 49/2007, de 26 diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, BOE 310, 27 diciembre 2007, tarea que se llevó a efecto mediante RD Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, BOE 289 de 3 diciembre 2013, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad

²⁴⁶ Boletín Oficial de las Cortes, de 17 diciembre 2010.

²⁴⁷ BOE nº 184, de 2 agosto 2011.

y de su inclusión social, quedando derogadas a partir de su entrada en vigor las tres leyes refundidas.

Textos legislativos modificados por la ley 26/2011.

- Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, BOE 103 de 30 abril 1982 (derogada por RD Legislativo 1/2013, de 29 noviembre).

- RDL 5/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, , 4 agosto, BOE 189, 8 agosto 2000.

- Ley 51/2003, de 2 diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad, BOE 289, 3 diciembre 2003 (derogada por RD Legislativo 1/2013, de 29 noviembre).

- Ley 27/2007, de 23 octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, BOE 255, de 24 octubre 2007.

- Ley 49/2007, de 26 diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, BOE 310, 27 diciembre 2007 (derogada por RD legislativo 1/2013, de 29 noviembre).

- .-Ley 30/1979, de 27 octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, BOE 266, 6 noviembre 1979.

- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, BOE 102, 29 abril 1986.
- Ley 41/2002, de 14 noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, BOE 274, 15 noviembre 2002.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE 126, 27 mayo 2006.
- Ley 44/2003, de ordenación de las profesiones sanitarias, BOE 280, de 22 noviembre 2003.
- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, BOE 128, 29 mayo 2003.
- Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, BOE 89, 13 abril 2007.
- Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil, BOE 22, 25 enero 1985.
- Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo, BOE 162, 8 julio de 1998.
- Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, BOE 250, 17 octubre 1980.
- Ley 49/1960, 21 julio, de propiedad Horizontal, BOE 176, 23 julio 1960.
- Ley 34 2002, de servicios de la sociedad de información y de comercio electrónico, BOE 166, 12 julio 2002.
- Ley 39/2007, de la carrera militar, BOE 278 de 20 noviembre 2007.

- Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público, BOE 261, de 31 octubre, derogada por RDL 3/2011, de 14 noviembre, de Contratos del Sector Público, BOE 276 de 16 noviembre.

La entrada en vigor del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, TRLGDPD, por el que se refunden, aclaran, armonizan y derogan las leyes 13/1982, de 7 abril, LISMI, 51/2003, de 3 diciembre, LIONDAU, y 49/2007, de 26 diciembre, las referencias a las leyes derogadas efectuadas en otras disposiciones “*se entenderán efectuadas a los preceptos correspondientes del texto refundido que se aprueba*”, lo que obliga a realizar una tarea interpretativa para buscar la concordancia entre los textos derogados y el actual. El Texto Refundido tiene carácter de legislación básica y es de aplicación en todo el territorio del Estado.

El tránsito desde la consideración de minusválido, de la ley 13/1982, de 7 abril, LISMI, a la de persona con discapacidad, que normativamente se inició con la ley 51/2003, de 3 diciembre, LIONDAU, queda consolidada con la aparición del Texto Refundido aprobado por el RD Legislativo 1/2013, de 26 noviembre, TRLGDPD, que continuando la senda abierta por la LIONDAU y la trasposición de la Directiva 2000/78/CE, se instala con firmeza en el modelo social de la discapacidad, aunque conserva aspectos

del modelo médico²⁴⁸ y abre una dimensión interpretativa de gran calado en la conexión con el principio de accesibilidad universal²⁴⁹ y trata de forma comprensiva el bloque normativo de los derechos de las personas con discapacidad; consta de cuatro títulos (preliminar, I, II, III) 105 artículos, once disposiciones adicionales, una disposición transitoria y tres disposiciones finales, organizados de forma lógica, con una estructura que facilita su consulta.

El título preliminar “Disposiciones generales” consta de tres capítulos (I, II y III) y seis artículos en los que se establece el objeto de la ley, definiciones, principios y ámbito que, siguiendo las pautas de la Ley 51/2003, se apoya en el modelo social de la discapacidad.

Así, el art 1, Objeto de esta ley:

“ a) Garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con el resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9,2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las

²⁴⁸ Apoyarse en los principios sociales de la discapacidad no significa que el Texto Refundido abrace el modelo social de la discapacidad, pero sí que toma en consideración la existencia de barreras que impiden o dificultan la interacción social de las personas con discapacidad, aunque el art 4,2 referido a los titulares de los derechos, incluya una definición ajustada al modelo médico. Sobre ello volveré más adelante.

²⁴⁹ Quintanilla Navarro, Beatriz, en su trabajo “Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad”, en Relaciones laborales de las personas con discapacidad, de AA.VV, Dtor Vádes DalRe Fernando y Lahera Forteza Jesús, Ed Biblioteca Nueva, Madrid, 2005 pp 236 -239 contempla un capítulo destinado a “las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación” que aunque referido a la LIONDAU, mantiene toda su actualidad.

Ver también epígrafe II.3.1.2 de esta Tesis.

Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.”

b) Establecer el régimen de infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”

Aunque el objeto de la Ley es plausible los legisladores tendrían que haber puesto más cuidado (aunque el problema terminológico viene de largo) en la utilización de expresiones que en el texto legal se utilizan de forma indistinta cuando tienen significados diferentes; “igualdad de oportunidades y de trato”, “igualdad de oportunidades”, “igualdad de trato”, o “igualdad de trato y no discriminación”. Esta dispersión terminológica, que en puede llevar a inducir déficits conceptuales, se refleja claramente en el artículo 2, Definiciones (y en todo el Texto Refundido).

Siguiendo con el artículo 1a) la expresión “erradicación de toda forma de discriminación” tendría que sustituirse por “prohibición de toda forma de discriminación”, o también de forma más contundente “*la erradicación y prohibición de toda forma de discriminación*” porque erradicar (arrancar de raíz) no es lo mismo que prohibir (vedar o impedir el uso o ejecución de algo) y la discriminación es un trato excluyente.

El artículo 2, Definiciones, incluye, “a los efectos de esta ley” un recorrido conceptual por los términos que dan sentido a la norma, en el que aparece

en primer lugar una acertada definición de discapacidad. Sin embargo las definiciones deberían hacerse “*a todos los efectos*”:

“a)Discapacidad: Es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

En el apartado b) cuando se define la igualdad de oportunidades hubiera sido conveniente introducir el acoso en el último párrafo, que quedaría así:

“Asimismo se entiende por igualdad de oportunidades la ausencia de cualquier tipo de acoso y la adopción de medidas de acción positiva”

En cuanto a la definición de acoso que se contemple en el apartado f) me parece improcedente. El acoso a las personas con discapacidad no puede limitarse a que la conducta no deseada esté relacionada con la discapacidad, el acoso existe siempre que haya una conducta no deseada que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona con discapacidad para crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, sea por motivo sexual, de género, raza, creencias, etc.

La aplicación de los principios de k) accesibilidad universal y m) ajustes razonables, se toparán siempre con problemas derivados de los juicios de razonabilidad y de proporcionalidad, lo que limitará su aplicación efectiva.

Estos principios, como ya señalé en mis comentarios²⁵⁰ a la ley 51/2003, son claramente utilitaristas y su aplicación será obstaculizada por consideraciones de coste-beneficio.

La concepción de la discapacidad recogida en el TRLGDPD, artículos 2 y 4, conecta con la definición de deficiencia establecida por la OMS, la de persona con discapacidad del artículo art. 1, párrafo segundo de la ley 26/2011²⁵¹, y por supuesto, con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, asunto C335/11²⁵², que incluye a la incapacidad derivada de enfermedad, curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, incluida dentro del concepto de discapacidad al que se refiere la Directiva 2000/78/ CE del Consejo, de 27 noviembre. Y también, la más reciente C354/13, que considera a la obesidad incluida dentro del concepto de discapacidad, cuando impide que la persona participe plenamente en su vida profesional.

En el art 4, “Titulares de los derechos” (Cap II, Ámbito de aplicación) la redacción de los apartados 1, 2 y 3 pudiera reabrir el interés por iniciar conflictos judiciales reclamando la calificación de personas con discapacidad para los pensionistas que tuvieran reconocida una pensión de

²⁵⁰ Ver epígrafe II.3.1.2 de esta Tesis

²⁵¹ Art 1, párrafo segundo, ley 26/2011 “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”

²⁵² Para más detalles del caso C335/11, Jette Ring vs DAB, con motivo de cuestión prejudicial planteada por tribunal danés, ver IV.2.1 de esta Tesis.

incapacidad permanente total, absoluta o de gran invalidez, como los iniciados cuando se publicó la LIONDAU,:

Dicen así:

- 1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.*
- 2. Además de lo señalado en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%. Se considerará que presentan una discapacidad igual o superior al 33% los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.*

Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos

- 3. El reconocimiento del grado de discapacidad deberá ser efectuado por el órgano competente en los términos desarrollados reglamentariamente.*

La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.

Entiendo, pues, que en el ámbito laboral ordinario, al amparo del art 4.1, la consideración de la discapacidad como factor de discriminación no necesitará valorarse en grados ni clases. Se es o no persona con

discapacidad con independencia del grado de valoración. Este sería necesario (art 4.2 “además de lo establecido en el apartado anterior....”) para obtener ayudas o prestaciones sociales, o bien para incluir a la persona en el sistema de Centros Especiales de Empleo, o en convenios especiales para el empleo de personas con discapacidad.

De la redacción de los apartados anteriores extraigo la conclusión de que existen tres formas de ser considerada persona con discapacidad:

- a) Aquellas que presentan ciertas deficiencias, apartado 1 art 4, que al interactuar con diversas barreras no pueden integrarse plenamente en la sociedad. Estas personas para obtener el grado de discapacidad que corresponda, tendrán que someterse al reconocimiento de los equipos de valoración, pero son personas con discapacidad y como tales tienen derecho a no ser discriminadas.
- b) Las que señala el apartado 2 art 4, que, a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas que tienen un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%. Sobre estas personas, como tienen reconocido el grado de discapacidad por el órgano competente, no hay más que decir.
- c) Las que se indican en el segundo inciso del apartado 2 art 4: se considerará (el subrayado es mío) que tienen una discapacidad del 33%, los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran

invalidez y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. En estos casos la ley es clara “se considerará que presentan una discapacidad del 33%...”. Es decir a todos los pensionistas en las situaciones indicadas, su título les otorga, en virtud de esta Ley, el grado de discapacidad del 33%. Y si fuera necesaria una acreditación adicional, tendrá que ser emitida por el órgano administrativo competente, sin necesidad de valoración. No obstante la obtención de grados superiores de discapacidad exigiría examen de los equipos de valoración correspondientes.

El Título I, Derechos y obligaciones, refunde, aclara y armoniza disposiciones de las leyes 13/1982, de 7 abril, y 51/2003, de 2 diciembre, incluye los artículos 7 a 62 distribuidos en nueve capítulos; Cap I Sistema de prestaciones sociales y económicas, Cap II Derecho a la prestación de la salud, Cap III De la atención integral, Cap IV Derecho a la educación, Cap V Derecho a la vida independiente, Cap VI Derecho al trabajo, Cap VII Derecho a la protección social, Cap VIII Derecho a la participación en asuntos políticos, Cap IX Obligaciones de los poderes públicos.

En el Título I se aprecia con claridad la orientación del Texto Refundido y resulta particularmente notable en los Capítulos IV Derecho a la educación, V Derecho a la vida independiente y VI Derecho al trabajo.

El Cap IV, artículos 18 a 21, sustituye a la sección 3ª, artículos 23 a 31, del título VI de la ley 13/1982, de 7 abril.

Así, el artículo 18.1 y 2, Cap IV, dice:

“1.Las personas con discapacidad tienen derecho a una educación inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con los demás.

2.Corresponde a las autoridades educativas asegurar un sistema educativo inclusivo en todos los niveles educativos así como la enseñanza a lo largo de la vida y garantizar un puesto escolar a los alumnos con discapacidad en la educación básica prestando atención a la diversidad de necesidades educativas del alumnado con discapacidad, mediante la regulación de apoyos y ajustes razonables para la atención de quienes precisen una atención especial de aprendizaje o de inclusión”

Esto es, las personas con discapacidad tienen derecho a una educación inclusiva, gratuita y de calidad en todos los niveles educativos, que tienen que asegurar las administraciones públicas competentes, pero como dice el art 19, de acuerdo con la Constitución y las leyes que la desarrollan.

El Cap V, Derecho a la vida independiente, en la sección primera, artículos 22 a 34, junto con el Cap I del Título II, artículos 63 a 68, armonizan, amplían y sustituyen los artículos 54 a 61 de la ley 13/1982, de 7 abril y 4 a 10, Cap II, de la ley 51/2003, de 3 diciembre.

En los arts 22 a 29 se establecen las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación, siendo el art 22 Accesibilidad, el que marca los límites dentro de los cuales puede exigirse este derecho.

“Art 22 Accesibilidad

1. Las personas con discapacidad tienen derecho a vivir de forma independiente y a participar activamente en todos los aspectos de la vida. Para ello, los poderes públicos adoptarán las medidas pertinentes para asegurar la accesibilidad universal, en igualdad de condiciones con las demás personas en los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y de las comunicaciones, así como los medios de comunicación y en otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales.

2. En el ámbito del empleo, las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación a las que se refiere este capítulo serán de aplicación con carácter supletorio respecto a lo previsto en la legislación laboral.”

Y en el artículo 23.1, párrafo primero, dice:

“El Gobierno, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las comunidades autónomas y a las entidades locales, regulará las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que garanticen los mismos niveles de igualdad de oportunidades a todas las personas con discapacidad”

Pues bien, como este capítulo trata de las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación, hubiera sido de agradecer una mayor precisión en los compromisos de ejecución porque las establecidas en las disposiciones adicionales son, a mi juicio, irrealizables.

Las condiciones de accesibilidad y no discriminación específicas se contemplan en los arts. 24 a 29; en el ámbito de los productos y

servicios relacionados con la sociedad de la información, art 24, los espacios públicos urbanizados y la edificación, art 25, la normativa técnica de edificación, art. 26, los medios de transporte, art.27, las relaciones con las administraciones públicas, art.28, y en la utilización de bienes y servicios a disposición del público, art 29.

Lástima que las medidas de acción positiva contempladas en la sección 2ª, del CapV, artículos 30 a 34, sean tan imprecisas como escasas, especialmente en los aspectos de adaptación de viviendas²⁵³, si bien deben entenderse como un soporte mínimo, pero no limitativo, de las necesarias para evitar situaciones o conductas discriminatorias.

El Cap VI Derecho al trabajo, artículos 35 a 47, armoniza, amplia y sustituye los artículos 37 a 48 de la Ley 13/1982, de 7 abril, sin aportar novedades dignas de mención.

Los capítulos VII Derecho a la protección social, arts 48 a 52, VIII Derechos a la participación en asuntos políticos, arts 53 a 56, IX Obligaciones de los poderes públicos, arts 57 a 62, armonizan, amplían y sustituyen a los artículos 12 a 22, 32 a 36 y 49 a 53 de la ley 13/1982, de 7 abril.

El Título II Igualdad de derechos y no discriminación, incluye el Capítulo I, Derecho a la igualdad de oportunidades, arts 63 a 68, y el

²⁵³ La adaptación de viviendas para asegurar la accesibilidad de personas con discapacidad o de 70 años o mas, da lugar a multitud de conflictos entre las administraciones locales, las comunidades de propietarios y las personas afectadas por la discapacidad o asimiladas.

Capítulo II, Medidas de Fomento y defensa, arts 69 a 77, que armonizan, amplían y sustituyen a los artículos 4 a 10 y 11 a 20 de la ley 51/2003, de 3 diciembre, sin que aporten novedades dignas de mención

Y finalmente, el Título III, Infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que en su Capítulo I, Régimen común de infracciones y sanciones, arts 78 a 93 y Capítulo II, Normas específicas de actuación por la Administración General del Estado, arts 94 a 104, armoniza, amplía y sustituye a la ley 49/2007, de 26 diciembre.

La Ley se completa con once disposiciones adicionales, siendo las más relevantes las siguientes:

Disposición adicional tercera en la que se fijan “los supuestos y plazos máximos de exigibilidad de las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación” que resultan sorprendentes en casi todos los casos, pero en especial en aquellos que determinan plazos ya sobrepasados o imposibles. Veamos (los subrayados son míos):

- a) *Para el acceso y utilización de tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y de cualquier otro medio de comunicación social: productos y servicios nuevos incluidas las campañas institucionales que se difundan en soporte audiovisual: 4 de diciembre de 2009; productos y servicios existentes el 4 de diciembre de 2009, que sean susceptibles de ajustes razonables: el 4 de diciembre de 2013.*

- b) *Para el acceso y utilización de espacios públicos urbanizados y edificaciones: Espacios y edificaciones nuevos: 4 de diciembre de 2010; Espacios y edificaciones existentes el 4 de diciembre de 2010, que sean susceptibles de ajustes razonables: el 4 de diciembre de 2017.*
- c) *Para el acceso y utilización de los medios de transporte: Infraestructura y material de transporte nuevos: 4 de diciembre de 2010; Infraestructuras y medios de transporte que sean susceptibles de ajustes razonables: el 4 de diciembre de 2017.*
- d) *Los que deberán reunir las oficinas públicas, dispositivos y servicios de atención al ciudadano y aquellos de participación en los asuntos públicos, incluidos los relativos a la Administración de Justicia y a la participación en la vida política y en los procesos electorales: Entornos, productos y servicios nuevos: 4 de diciembre de 2008; Corrección de toda disposición, criterio o práctica administrativa discriminatoria: 4 de diciembre de 2008; Entornos, productos y servicios existentes el 4 de diciembre de 2008 y toda disposición, criterio o práctica discriminatoria: el 4 de diciembre de 2017.*

El apartado 2, es de un tenor parecido: imposible y torpe.

La Disposición adicional cuarta. *Planes y programas de accesibilidad y para la no discriminación*, establece el plazo de un año para que el gobierno apruebe un Plan Nacional de Accesibilidad para un periodo de nueve años.

La Disposición adicional quinta, determina que en las infraestructuras de transporte, de interés general, promovidas por la Administración

General del Estado, deberán incorporar una memoria de accesibilidad, si se entiende que ésta puede verse afectada.

La Disposición adicional sexta, establece que el Gobierno presentará cuatrienalmente a las Cortes Generales, para su conocimiento, un plan nacional de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades.

La Disposición adicional séptima, establece que las infracciones y sanciones en el orden social seguirán rigiéndose por el Texto Refundido aprobado por el RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

La Disposición adicional octava, remite a los desarrollos normativos de los artículos 24, 25, 27, 28 y 29, la aplicación de infracciones en materia de accesibilidad y ajustes razonables, según artículos 85.3.b, 95.2.a, 95.3.e, 95.3.f, 95.3.g, 95.4.f, 95.4.g.

La Disposición adicional novena, establece la facultad del Gobierno para revisar anualmente el importe de las sanciones.

La Disposición adicional décima, indica que durante el primer año de funcionamiento de la ley, el Gobierno informará a las Cortes Generales sobre la aplicación del régimen de sanciones, tanto en sus aspectos cuantitativos como cualitativos.

La Disposición adicional undécima, remite a la Oficina de Atención a la Discapacidad las referencias que se hacen en el texto a la Oficina

Permanente Especializada (mucho me temo que será una oficina fantasma).

La Disposición transitoria única, establece que *“los beneficiarios del subsidio de garantía de ingresos mínimos, y por ayuda de tercera persona, continuarán con el derecho a la percepción del mismo, siempre que continúen reuniendo los requisitos requeridos reglamentariamente para su concesión y no opten a pasar a percibir pensión no contributiva de la Seguridad Social o asignación económica por hijo a cargo”*

En el apartado segundo, se establece que si los beneficiarios del subsidio pasaran a trabajar por cuenta ajena o propia, se suspenderá la percepción del subsidio que podrá recuperarse una vez cesen en sus actividades, sin que las cantidades percibidas durante el tiempo que ejercieron su actividad sea impedimento para la percepción del subsidio.

En fin, nuestro ordenamiento jurídico, sobre todo desde la entrada en vigor de la Directiva 2000/78 CE, traspuesta por la ley 62/2003, de 30 diciembre, y la aprobación de la Ley 51/2003, de 3 diciembre, LIONDAU, sustituida y derogada desde el 3 de diciembre 2013 por el RD Legislativo 1/2013, del 29 noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, abre una dimensión interpretativa de gran calado en la conexión de los derechos contemplados en el art.4 de ésta con el principio de accesibilidad

universal²⁵⁴, y obligarán a modificar las bases estadísticas actuales (la Encuesta de Empleo de las Personas con Discapacidad, EPD, elaborada por el INE, toma en consideración la población de 16 a 64 años con certificado de discapacidad igual o superior al 33%) los criterios de acceso al empleo y la intensidad de las medidas de acción positiva, así como a la consideración de la enfermedad²⁵⁵, previsiblemente de larga duración (que no es lo mismo que permanente) como una circunstancia incluida dentro del concepto de discapacidad, tesis a la que se está incorporando la jurisprudencia del TJUE²⁵⁶, asunto C335/11, sentencia 11 abril 2013, disposición 1 final, manifiesta: *“El concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al*

²⁵⁴ Quintanilla Navarro, Beatriz, en su trabajo “Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad”, en Relaciones laborales de las personas con discapacidad, de AA.VV, Dtor Vádes DalRe Fernando y Lahera Forteza Jesús, Ed Biblioteca Nueva, Madrid, 2005 pp 236 -239 contempla un capítulo destinado a “las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación” que aunque referido a la LIONDAU, mantiene toda su actualidad.

Ver también epígrafe II.3.1.2 de esta Tesis.

²⁵⁵ Fernández Docampo María Belen “La salud del trabajador como causa de discriminación” Nueva revista española de derecho del trabajo, N 163, 2014, pp 71-93

²⁵⁶ Seis años antes, asunto 13/05, se había negado esta posibilidad y simplemente se señalaba que la enfermedad no estaba incluida como factor de discriminación en la Directiva 2000/78/CE. Recientemente asunto C354/13 Karsten Kaltoft/ Kommunernes Landsforening, el TJUE ha determinado que la obesidad que impide a la persona participar plena y efectivamente en la vida profesional, puede incluirse como discapacidad. Para todo ello ver apdo IV.2.1 y el anexo AI.3

interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto”.

El TJUE superaba, así, la sentencia emitida de 11 de julio de 2006, asunto 13/05²⁵⁷, rechazando la consideración de la enfermedad como un nuevo factor de discriminación.

Resumiendo, en los últimos años, la aprobación de determinadas normas ha tenido un efecto positivo en la consideración social de las personas con discapacidad. Así, la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia²⁵⁸, conocida como ley de dependencia, tuvo un efecto muy positivo porque ha situado a las personas con discapacidad en el debate público; la sociedad valora la oportunidad de la norma y exige su aplicación²⁵⁹.

²⁵⁷ Rodríguez Cardo Iván Antonio bajo el título “Despido de trabajador en situación de IT: equiparación de enfermedad con discapacidad (comentarios a la sentencia del TJUE de 11 abril 2013) en Actualidad Laboral 2013, nº 7-8, pp 985-987, y dice que “*esta sentencia obliga a un replanteamiento de la doctrina de la sentencia 13/05 afirmando que determinadas enfermedades encajan en el concepto de discapacidad*” Cuando se refiere a la sentencia de 11 de abril de 2013, se estárefiriendo a los asuntos acumulados 335/11 y 337/11.

²⁵⁸ Ley 39/2006, de 14 diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, BOE núm 299, de 15 diciembre 2006. Su aplicación, sin embargo, está resultando problemática debido a la distribución administrativa de competencias y a su respaldo presupuestario.

²⁵⁹ Sin embargo su aplicación real y efectiva se ha visto seriamente dañada en los últimos años por la aplicación de unos ajustes presupuestarios manifiestamente regresivos.

Con otro objeto, pero dentro del propósito de ampliar los instrumentos normativos a favor de la igualdad real, la Ley Orgánica 3/2007, 22 marzo, para la Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres²⁶⁰, supuso un fuerte impulso para la aplicación efectiva del principio de igualdad y no discriminación.

Previamente, la ley 51/2003²⁶¹, de 3 diciembre, LIONDAU, a pesar de ser una norma importante, congruente y avanzada, que inicio la transición hacia el modelo social de la discapacidad, no ocupó el debate público y su aplicación real y efectiva ha sido bastante deficiente.

La aprobación y entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, TRLGDPD, aprobado por el RD Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, incrementa la pulsión transformadora iniciada por la LIONDAU, a pesar de las deficiencias técnicas que contiene²⁶² y como ésta goza de carácter reforzado por su carácter de como norma básica.

Mi impresión es que el TRLDGPD permitirá avanzar en aspectos básicos de la inclusión social de las personas con discapacidad, si las instituciones y los agentes sociales se aplican con decisión para que su implantación sea real y efectiva.

²⁶⁰ Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, BOE núm 71, 23 marzo 2007.

²⁶¹ Ley 51/2003, 3 diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad, BOE num 259, 3 diciembre.

²⁶² la dispersión terminológica en relación con los términos de igualdad de trato y de oportunidades, la confusa redacción del art 4 de titulares de los derechos, la deficiente consideración del acoso y la incomprensible DA tercera.

Cierro con una cita del profesor Fernando Valdés Dal-Re²⁶³ :

“A unos y a otros ya no corresponde o no corresponde solo programar y ejecutar acciones destinadas a garantizar cuidados médicos, prestaciones o servicios sociales a favor de las personas con discapacidad; el objetivo primero y esencial de las medidas ha de ir encaminado a remover las barreras y los obstáculos, técnicos y jurídicos, creados socialmente en base a descriptores que identifican de manera arbitraria e inequitativa diferencias entre las personas con vistas a garantizar, a todas ellas y en un plano de igualdad, el goce y disfrute de sus derechos. De todos los Derechos inherentes a la persona humana.”

II.3.1.3)- *Diferentes sistemas de empleo para las personas con discapacidad*: La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos²⁶⁴, LISMI, contemplaba diferentes sistemas de empleo para personas con discapacidad, con la finalidad, art 37, de integrarlas en el sistema de empleo ordinario o, en su defecto, en el sistema de empleo protegido del art. 41.1 de los Centros Especiales de Empleo, CEE.

El Texto Refundido²⁶⁵ de la Ley General de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, TRLGDPD, deroga la LISMI, pero en los artículos 35 a 47, Capítulo VI, Derecho al trabajo, del Título I, mantiene los sistemas de empleo en términos similares a los de la norma derogada, a saber: empleo ordinario, art 40, empleo con apoyo, art. 41, empleo

²⁶³ Fernando Valdés Dal-RE, Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos. Relaciones laborales de las personas con discapacidad. Madrid, Biblioteca Nueva 2.005, pp 367-386.

²⁶⁴ BOE num 103, de 30 de abril 1982

²⁶⁵ BOE num 289, de 3 diciembre 2013.

protegido, art 43, empleo autónomo, art 47. Los enclaves laborales se contemplan en el art.46 y los Centros Ocupacionales en el art 52.

El empleo ordinario es el regulado por el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 Marzo, ET²⁶⁶, excluye las relaciones laborales especiales, entre ellas las de las personas con discapacidad que presten sus servicios en Centros Especiales de Empleo, art. 2 g) y cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley, art 2 i).

El Empleo con Apoyo²⁶⁷, modalidad de acompañamiento para trabajadores con discapacidad pertenecientes a CEE o en el empleo ordinario, *“promueve el empleo competitivo en entornos integrados para aquellos trabajadores que tradicionalmente no han tenido esa oportunidad, utilizando entrenadores laborales preparados adecuadamente”* ²⁶⁸ que acompaña, guía y asesora a la persona con discapacidad y al empleador para facilitar su integración en el centro de trabajo aportando seguridad y garantía. El empleo con apoyo y resulta muy útil para fomentar la contratación de personas con discapacidad intelectual y en las pymes.

²⁶⁶ BOE 29 marzo 1995

²⁶⁷ RD 870/2007, de 2 de julio, BOE num 168 14 julio

²⁶⁸ Redondo Mercedes y Gimeno Francisco Javier “La inserción de personas con discapacidad a través del empleo con apoyo” Herramientas nº 77/ 2004.pp 32-37
También Jordán de Urries Borja “Empleo con apoyo en España” Real Patronato de la Discapacidad Doc 59/2003

El empleo protegido está residenciado en los Centros Especiales de Empleo²⁶⁹, CEE, en los que, al menos, el 70% de los trabajadores productivos deberían ser personas con una discapacidad igual o superior al 33%. El empleo protegido²⁷⁰, tiene como objetivo la integración posterior del trabajador en el sistema laboral ordinario, y está considerado como relación laboral de carácter especial, art 2.1.g) Estatuto Trabajadores.

En cuanto al trabajador autónomo, la Ley 20/2007²⁷¹, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, regula el régimen de las relaciones laborales de los trabajadores autónomos por cuenta propia o dependientes. En el Capítulo II, arts 4/10, establece el régimen profesional común del trabajador autónomo, siendo el art 4.3,a, b, c) el que establece el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación, a no ser discriminado por razones de discapacidad (de conformidad con lo establecido por el Texto Refundido de la Ley General de las personas con discapacidad y de su inclusión social) al respeto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad. El art 6 establece quienes son los garantes de estos derechos y la forma de su ejercicio, prohibiendo la discriminación directa y la indirecta que *“afectará tanto a la libre iniciativa económica y a la contratación, como a las condiciones del ejercicio profesional”*.

²⁶⁹ RD 2273/1985, de 4 diciembre, BOE num 294 de 9 diciembre.

²⁷⁰ RD 1368/1985, de 17 julio BOE num 189, de 8 agosto

²⁷¹ Ley 20/2007, de 11 julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, BOE 166, 12 julio 2007.

La entrada en vigor de la Directiva 2010/41/UE²⁷², del Parlamento y del Consejo, de 7 de julio, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma (que deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo) viene a reforzar las garantías de las personas con discapacidad que ejercen una actividad autónoma, que ya estaban contempladas en los artículos 4 y 6 de la Ley 20/2007.

La entrada en vigor de la Ley 27/2011²⁷³, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, introdujo en la Ley 20/2007, algunas adiciones relativas al trabajo a tiempo parcial de los trabajadores autónomos.

Los Centros Ocupacionales²⁷⁴, CO, contemplados (arts 41.2 y 53, de la LISMI) en el art 52 del TRLGDPD, siguen teniendo la consideración de centros de servicios sociales para aquellas personas con discapacidad que no puedan acogerse al sistema de empleo protegido en un CEE. Se trata de entidades sin ánimo de lucro, públicas o privadas, y su finalidad, es contribuir al desarrollo de las personas con discapacidad para facilitar su integración en la sociedad, mediante un trabajo no productivo ni remunerado que, en ocasiones, podrá evolucionar como empleo protegido en un CEE.

²⁷² Directiva 2010/41/UE del Parlamento y del Consejo, de 7 de julio, Diario Oficial de la UE 180, 15/07/2010

²⁷³ Ley 27/2011, de 1 agosto, BOE num 184, de 2 agosto 2011.

²⁷⁴ RD 2274/1985, de 4 diciembre, BOE num 294 de 9 diciembre.

Por supuesto, las personas con discapacidad pueden optar por desarrollar su actividad en el régimen de autónomos, sean o no dependientes.

Con el tiempo han surgido algunas fórmulas especiales para optimizar el tránsito desde el empleo protegido al sistema laboral ordinario, conocidos como Enclaves Laborales²⁷⁵, formados por trabajadores de un CEE, que se desplazan a la sede de la empresa contratante para realizar su trabajo, contando con el asesoramiento, apoyo y dirección del personal del CEE.

En resumen, los sistemas de empleo y ocupación de las personas con discapacidad, son:

- a) Sistema laboral ordinario: a todos los efectos se aplica el ET. Es el sistema preferente para la integración laboral de las personas con discapacidad y el que soporta la mayor tasa de empleo. Puede incluir empleo con apoyo.
- b) Sistema laboral especial o protegido: creado por mandato de la Ley 13/1982, 7 abril, de integración social de los minusválidos, LISMI²⁷⁶, art 41 a 48, y actualmente en los arts 35 a 47 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013²⁷⁷, de 29 noviembre, y la regulación específica

²⁷⁵ RD 290/2004, de 20 febrero, BOE num 45 de 21 febrero.

²⁷⁶ BOE num 133 de 30 abril 1982

²⁷⁷ BOE num 289 de 3 diciembre 2013

RD 1368/1985²⁷⁸, de 17 julio, que contiene la relación laboral de carácter especial de minusválidos que trabajen en Centros Especiales de Empleo, y el RD 2273/1985²⁷⁹, de 4 diciembre, que regula los Centros Especiales de Empleo. Su régimen laboral está conceptualizado de carácter especial en el art 2.1.g) ET y por consiguiente sujeto a regulación específica. Puede dar lugar a Enclaves Laborales en la empresa ordinaria, según RD 290/2004²⁸⁰, de 20 febrero. Puede utilizarse empleo con apoyo.

c) Centros Ocupacionales: no constituyen empleo protegido sino que tienen carácter asistencial. Aseguran servicios de terapia ocupacional y apoyo social para las personas con discapacidad que no pueden integrarse en un CEE ni en un empleo ordinario. Ver RD 2274/1985, de 4 diciembre²⁸¹.

d) Sistema de trabajo autónomo: sujeto a la ley 20/2007, de 11 julio, del Estatuto Trabajo Autónomo²⁸².

II.3.2)-Discapacidad y agentes sociales: Concertación social y documentos programáticos.

A nadie se le escapa la importancia que tiene la concertación social para la inclusión de las personas con discapacidad en el empleo. El diseño para todos, la accesibilidad universal y los ajustes razonables, no serán posibles

²⁷⁸ BOE num 189, de 8 agosto 1985

²⁷⁹ BOE num 294, de 9 diciembre 1985

²⁸⁰ BOE num 45, 20 febrero 2004

²⁸¹ BOE num 45, de 9 diciembre 1985

²⁸² BOE num 166, de 12 julio 2007

en el sistema productivo sin un compromiso cierto de los actores empresariales y sindicales. Dicho de otro modo: el tránsito hacia el modelo social de la discapacidad en el sistema productivo no podrá realizarse sin el compromiso cierto y consistente de los agentes sociales.

Las fuentes que permiten comprobar el compromiso de los agentes sociales, siguiendo el principio de jerarquía normativa de la concertación social, lo encontramos en los Acuerdos Marco²⁸³ formalizados entre los agentes sociales y los documentos programáticos elaborados por las Centrales Sindicales más representativas, y en los convenios colectivos.

El Gobierno de España, en consideración al alcance de las materias tratadas, ha participado, en algunos casos, en su elaboración y firma.

Los agentes sociales más representativos considerados son: Confederación Española de Organizaciones Empresariales, CEOE, Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, CEPYME, Unión General de Trabajadores, UGT, y Confederación Sindical de Comisiones Obreras, CC.OO.

Las fuentes primarias consultadas, Acuerdos Marco y documentos programáticos, nos permiten identificar el elemento subjetivo (cuales son los agentes sociales firmantes o emisores) el elemento objetivo (documentos programáticos, acuerdos marco,) y la causa (negociación colectiva, dialogo social, acción sindical, crecimiento y empleo) pero

²⁸³ En este tipo de Acuerdos Marco o Acuerdos Nacionales, ha participado, en algunos casos, el Gobierno de España.

anticipo que no he encontrado documento alguno dedicado específicamente a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el ámbito laboral, salvo las menciones que se hacen en el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo, AMCE de 2006 y el Acuerdo para la Negociación Colectiva de 2007, ANC 2007, aunque los documentos programáticos de las Centrales Sindicales si tratan esta cuestión con más detenimiento.

Los documentos programáticos y acuerdos marco que me han servido de referencia, son:

- Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo²⁸⁴, AMCE, Gobierno, CEOE, CEPYME, UGT, CC.OO, mayo 2006.
- Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva²⁸⁵, de 6 febrero de 2007, ANC, firmado entre CEOE, CEPYME, UGT, CC.OO.
- Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva²⁸⁶ 2010 a 2012, de febrero 2010, AENC, suscrito entre CEOE, CEPYME, UGT y CC.OO.
- Documento 2004-2008 Una legislatura de diálogo social²⁸⁷, Comisión Ejecutiva Confederal de UGT
- Programa de Acción²⁸⁸ 9º Congreso Confederal, diciembre 2008, Confederación Sindical de Comisiones Obreras

²⁸⁴ Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y el Empleo, Folleto informativo NIPO: 201-06-160-4, Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.

²⁸⁵ Resolución de 9 febrero 2007, de Dirección General de Trabajo, BOE num 48, de 24 febrero 2007

²⁸⁶ Resolución de 11 febrero de 2010, Dirección General Trabajo, BOE num 46, de 26 febrero 2010

²⁸⁷ Documento 2004-2008, Una legislatura de dialogo social, comisión Ejecutiva Confederal de UGT, Madrid, enero 2008, pp 82

- Programa de Acción del 40 Congreso Confederal de UGT²⁸⁹, abril 2009
- Criterios para la negociación colectiva y la acción sindical en 2010, de Confederación Sindical de Comisiones Obreras²⁹⁰.
- Criterios para la negociación colectiva y la acción sindical 2011, de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras²⁹¹.

El Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo, AMCE, de mayo de 2006, firmado por Gobierno, CEOE, CEPYME, UGT, CC.OO, fue una ocasión perdida, se limita al manido recurso de los estímulos económicos para favorecer la contratación de determinados tipos subjetivos, entre ellos, de las personas con discapacidad. El AMCE, dio lugar al RDL 5/2006²⁹², de 9 junio y a la ley 43/2006²⁹³, de 29 diciembre 2006.

El ANC de 2007, firmado por los mismos agentes sociales, contiene en su *Cap VI, Igualdad de trato y de oportunidades*, primer párrafo, una loable declaración de intenciones:

“A pesar de los avances registrados en los últimos años, determinados colectivos como las personas con discapacidad y los mayores de 45 años, demuestran aún dificultades

²⁸⁸ Programa de Acción, documentos aprobados en el 9º Congreso Confederal de Comisiones Obreras, 17, 18, 19 y 20 diciembre 2008, Edita Confederación Sindical de Comisiones Obreras, 20 dic 2008, pp 195; www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/1/dc

²⁸⁹ Programa de Acción del 40 Congreso Confederal UGT, celebrado del 1 al 4 abril 2009, www.ugt.es/40_Congreso_Confederal_UGT, pp 139

²⁹⁰ Criterios para la negociación colectiva y la acción sindical en 2010, Cuadernos de Información Sindical nº 10 de 2009, documento aprobado por el Consejo Confederal de la CS de Comisiones Obreras, los días 15 y 16 diciembre 2009..

²⁹¹ Criterios para la negociación colectiva y la acción sindical en 2011, Cuadernos de Información Sindical nº 22 de 2010, documento aprobado por la Comisión Ejecutiva Confederal de la CS de Comisiones Obreras, el 21 diciembre 2010.

²⁹² Real decreto Ley 5/2006, de 9 junio, BOE num 141, 14 junio.

²⁹³ Ley 43/2006, 29 diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, BOE num 312, de 30 diciembre.

para su incorporación al mercado de trabajo o para hacerlo en términos de igualdad con el resto de los trabajadores...”

Y en el apartado denominado *Inserción laboral de las personas con discapacidad*” incluye propuestas relativas a las personas con discapacidad con referencias al empleo ordinario, empleo protegido y enclaves laborales, El ANC 2007, sigue las recomendaciones del Informe “*Negociación Colectiva e Inserción Laboral de las Personas con Discapacidad*” aprobado por la Comisión de Seguimiento de los Acuerdos para la *Negociación Colectiva*²⁹⁴, de enero de 2006, que recoge buenas prácticas y medidas para favorecer la inserción de las personas con discapacidad en el empleo.

El Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, AENC, de 2010 a 2012, no contiene mención alguna relativa a las personas con discapacidad en un claro retroceso respecto al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva, ANC de 2007.

Este lamentable silencio del AENC, 2010 a 2012, se hace más patente cuando en su Cap I, relativo a *Empleo, Formación, Flexibilidad y Seguridad. Derechos de Información y Consulta*, señala que “*El cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo, así como la promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*” deben incluirse como

²⁹⁴ Negociación Colectiva e inserción laboral de las personas con discapacidad, Relaciones Laborales nº 75, colección Informes y Estudios, Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006 pp 79.

objetivos fundamentales en los convenios colectivos. El silencio respecto a las personas con discapacidad es inconcebible.

Y más adelante, en el apartado 1 del Capítulo I, dedicado específicamente a “*Empleo y contratación*”, las personas con discapacidad siguen brillando por su ausencia.

No es de extrañar, pues, que con estos antecedentes los convenios colectivos ignoren los problemas discriminatorios que afectan a las personas con discapacidad²⁹⁵.

¿Pero qué dicen los documentos²⁹⁶ de la Unión General de Trabajadores, UGT, y de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, CC.OO? En el ámbito Confederal hay que subrayar la preocupación que reflejan sus textos en relación con los problemas de igualdad y no discriminación en el trabajo, pero las directrices que establecen parece que son ignoradas en los diferentes niveles de las organizaciones sindicales, como reflejan los resultados obtenidos de una muestra representativa de convenios colectivos estudiados²⁹⁷.

El Programa de Acción²⁹⁸ del 40º Congreso Confederal de UGT, de abril 2009, en su objetivo 4, titulado “*Reforzar los derechos laborales y*

²⁹⁵ Ver Cap III.7 Discapacidad y negociación colectiva,

²⁹⁶ En relación con los aspectos que rodean la negociación colectiva Los Retos de la Igualdad en el Trabajo, Coordinador José María Zufiaur, Fundación Francisco Largo Caballero 1ª ed, 2009, 384 p

²⁹⁷ Ver Cap III.7 Discapacidad y negociación colectiva,

²⁹⁸ Programa de Acción 40 Congreso Confederal de UGT, celebrado del 1 a 4 abril 2009, www.ugt.es/40_Congreso_Confederal_UGT, pp 139

sociales”, incluye las acciones 417, 418, 420, 421, con referencias a políticas de igualdad en el mercado de trabajo. Así, la acción 417 dice:

“El objetivo de más empleo debe complementarse con la mejora de la calidad del mismo, con carácter general, para hacer frente a la precariedad, temporalidad excesiva y la reducción de la segmentación del mercado de trabajo, que afectan de manera particular a parte de la población trabajadora. Es el caso de mujeres, jóvenes, personas mayores de 45 años, personas con discapacidad, trabajadores de origen o nacionalidad extranjera y otras personas con situaciones específicas (el subrayado es mío) que, por diversas causas, pueden encontrarse en situación de desventaja, cuando no de discriminación. Sin olvidar que en determinados casos, es la propia legislación la que da origen a desigualdades en materia de derechos laborales y/o de protección social y que afectan a trabajadores de determinadas ocupaciones o a los empleados según ciertas fórmulas de contratación laboral”(el subrayado es mío)

Y la acción 418 señala:

“Estos grupos de trabajadores tienen dificultades importantes en el acceso al mercado de trabajo, siendo excesiva la temporalidad en la contratación laboral, además de tener unas condiciones de trabajo caracterizadas generalmente por un alto nivel de precariedad, inseguridad e inestabilidad...”.

Como bien señala UGT, el acceso a un puesto de trabajo y las condiciones que encuentran cuando consiguen un empleo, son los mayores problemas de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo.

La acción 420 propone que se elabore una nueva Ley General de Empleo para que puedan implementarse las medidas adecuadas. Y la acción 421 concluye que las medidas para el impulso de las políticas de igualdad en el

mercado de trabajo, requieren mayores esfuerzos financieros y humanos para dotar de contenido a los instrumentos normativos existentes, tales como: la Ley de Igualdad, el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del empleo²⁹⁹, AMCE, la Ley de Dependencia y la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012³⁰⁰.

El AMCE, dio lugar a la aprobación del Real Decreto Ley 5/2006³⁰¹, para la mejora del crecimiento y del empleo, convalidado como Ley 43/2006³⁰², de 29 de diciembre.

El 9º Congreso Confederal de CC.OO, diciembre de 2008³⁰³, entre los objetivos y prioridades del Programa de Acción, incluye en su Eje 1, la acción 27:

“Promover el empleo ordinario de las personas con discapacidad es el objetivo prioritario de CC.OO. Trabajar por el cumplimiento efectivo de la cuota de reserva y hacer un seguimiento del grado de cumplimiento en las empresas y Administraciones Públicas. Reorientar las políticas activas de empleo para favorecer la ocupación de estos trabajadores y trabajadoras, utilizando las posibilidades que ofrece la Estrategia Global de Empleo para Personas con Discapacidad 2008-2012. Facilitar el tránsito del empleo protegido al empleo ordinario y apoyarlo con bonificaciones y/o ayudas económicas. Modular los incentivos económicos al empleo en función del grado y tipo de discapacidad”

²⁹⁹ Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo, AMCE, firmado en mayo de 2006 por Gobierno, CEOE, CEPYME, UGT, CCOO.

³⁰⁰ Estrategia global de acción para el empleo de las personas con discapacidad, aprobado por Consejo Ministros 26 septiembre 2008, Ministerio de Trabajo e Inmigración NIPO 790-09-189-6 y Ministerio de Sanidad y Política Social NIPO 840-09-036-4.

³⁰¹ RDL 5/2006, de 9 junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, BOE 141, 14 junio 2006.

³⁰² Ley 43/2006, de 29 diciembre, BOE num 312, de 30 diciembre.

³⁰³ Documentos aprobados en el 9º Congreso Confederal, Programa de Acción, diciembre 2009.

Comisiones Obreras, diciembre 2009, siguiendo las pautas del 9º Congreso, aprobó el documento “Criterios para la Negociación Colectiva y la Acción Sindical”³⁰⁴, que en su capítulo 9 “Condiciones de empleo y trabajo de las personas con discapacidad”, recoge acertadamente los compromisos a los que debe dirigirse la negociación colectiva en relación a las personas con discapacidad:

- *“Fijar compromisos de contratación de personas con discapacidad, iguales o superiores a la cuota de reserva prevista en la Ley 13/1982, LISMI, art 38. Las comisiones paritarias de interpretación y aplicación deben incorporar a su actuación periódica la verificación del cumplimiento de la cuota de reserva fijada en el convenio de aplicación.*
- *Promover la eliminación de barreras arquitectónicas y la adaptación de los puestos de trabajo a las necesidades y capacidades de las trabajadoras y trabajadores con discapacidad.*
- *Limitar la utilización unilateral de medidas alternativas al cumplimiento de la cuota de reserva y vigilar que sólo se mantienen mientras duran las causas que permiten utilizarlas. En todo caso, se deben descartar donaciones y acciones de patrocinio de carácter económico.*
- *En aquellos casos en los que la empresa utilice la figura del enclave laboral, se debe promover la mejora del compromiso legal de inserción laboral, de forma que a la finalización del enclave laboral, la empresa tenga la obligación de contratar, con carácter indefinido, al menos el 25% de la plantilla del enclave, con un mínimo de un trabajador.”*

Documento que sirvió a la Comisión Ejecutiva de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, para que en diciembre de 2010 aprobara los criterios para la negociación colectiva y la acción sindical para 2011, con clara referencia a aquellos (Cap 11, p57).

³⁰⁴ Criterios para la negociación colectiva y la acción sindical, aprobado por el Consejo Confederal los días 15 y 16 diciembre 2009, Cuadernos de Información Sindical nº 10, diciembre 2009

El compromiso expresado por los agentes sociales más representativos, para eliminar las barreras discriminatorias que afectan a las personas con discapacidad en el ámbito laboral, como puede deducirse de los documentos anteriores, resulta manifiestamente mejorable por sus ausencias y limitaciones.

Así, en el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo, AMCE, de 2006 y en el Acuerdo para el Empleo y Negociación Colectiva, AENC, feb 2010, existe una ausencia llamativa de medidas contra la discriminación de las personas con discapacidad en el empleo, cuando en el ANC de 2007, se incluyen medidas y buenas prácticas cuya permanencia tendría que haberse mantenido, cuando no ampliado, y pone de manifiesto la falta de compromiso en una materia que, por su naturaleza, requieren constancia y decisión.

En cuanto a los documentos de las organizaciones sindicales, el programa de Acción Confederal de UGT, abril 2009, y los Criterios para la negociación colectiva y acción sindical de CC.OO, diciembre 2009, contemplan acciones claras y decididas para facilitar la integración en el empleo de las personas con discapacidad, aunque, como veremos en la Parte Tercera III.7 “Discapacidad y negociación colectiva”, no se traslada

n a los convenios colectivos para mejorar la situación de las personas con discapacidad en el ámbito laboral³⁰⁵.

III-PARTE TERCERA

DISCAPACIDAD EN EL “ÁMBITO LABORAL”: PERSPECTIVA DESAGREGADA

III.1- El ámbito laboral: transversalidad e interseccionalidad

“El ámbito laboral”³⁰⁶ que enuncio en el apdo I.3.1, y defino en II.1.3, como *“el espacio jurídico ideal configurado por las cuestiones o los problemas de la actividad laboral”* en el que deben protegerse los derechos de igualdad ante la ley y no discriminación de las personas con discapacidad en el empleo y la ocupación. Incluye todos los aspectos relativos al empleo y la ocupación (género, seguridad y salud laboral, conciliación de la vida familiar y laboral, negociación colectiva y fiscalidad) así como su relación funcional con el espacio físico; movilidad desde y hacia el centro de trabajo, accesibilidad y adaptabilidad del entorno laboral. Y es en este ámbito en el que aparecen y se expresan modos de comportamiento estructurales que discriminan a determinados grupos sociales, con el rancio argumento de su dificultad o imposibilidad

³⁰⁵ CapIII.7 Discapacidad y negociación colectiva, de esta Tesis

³⁰⁶ Ver epígrafe I.3.1 y cap II.1.3 de esta Tesis

intrínseca para integrarlos socialmente; sea por su origen, creencias políticas o religiosas, raza, sexo, orientación sexual, discapacidad, edad, etc. El problema para la integración de la persona depende de su circunstancia personal o social. A estos argumentos se añade, como elemento disuasorio, la monetización de los esfuerzos, normativos y materiales, para su integración en régimen de igualdad, mediante “ajustes razonables”.

Frente a estas pulsiones discriminatorias se encuentran aquellas que apuestan por un modelo social inclusivo; es la organización social la que impone barreras y discrimina a estos grupos sociales dificultando o impidiendo, su integración en la sociedad. La eliminación de estas barreras exige acciones transversales para lograr la accesibilidad universal³⁰⁷.

El concepto de transversalidad, surge de la necesidad de emprender políticas y acciones contra la exclusión social, sea como consecuencia de género, discapacidad, raza, creencias u otras, con una visión social incluyente y comprensiva de la lucha contra la discriminación. No basta que se aplique en uno o varios ámbitos de las actividades humanas, para que la lucha contra la discriminación sea efectiva tiene que aplicarse en todos ellos.

³⁰⁷ Pérez Bueno Luis Cayo “La configuración jurídica de los ajustes razonables” señala como en el tránsito del modelo médico al social, “se insertan tres dispositivos cruciales para la efectividad de de los derechos que propugna este modelo que son, a saber: el diseño para todas las personas, la accesibilidad universal y los ajustes razonables”, pp 159 a 183 en AA.VV 2003-2012: 10 años de legislación sobre discriminación de personas con discapacidad en España, Colecciones CERMI, CINCA, Madrid, 2012, 466 pp.

Esta visión transversal de las acciones de integración, que inspira la consideración de “ámbito laboral” sostenida en esta Tesis, se ajusta a una interpretación consistente con los principios de vida independiente, accesibilidad universal y transversalidad que se contemplan en la LIONDAU³⁰⁸, art 2, y en el TRLGDPD³⁰⁹, art 2, que sustituye y deroga a aquella.

Recuerdo que el ámbito laboral, tal como se define en esta tesis, es “*el espacio ideal configurado por las cuestiones o los problemas de la actividad laboral*” que incluye, además de los aspectos contractuales propios de la relación laboral y su encaje con los principios de igualdad de trato y no discriminación, los relativos a su relación funcional con el espacio físico y que debe referirse, además, a los siguientes aspectos: empleo, accesibilidad y movilidad, género, seguridad y salud laboral, conciliación de la vida laboral y familiar, negociación colectiva y fiscalidad.

Otro aspecto digno de consideración son los efectos interseccionales de la discapacidad con otros factores discriminatorios como: sexo, edad, nacionalidad, convicciones religiosas o clase social. Efectos que no actúan autónomamente unos de otros; son multidimensionales, se realimentan y

³⁰⁸ Ley 51/2013 de Igualdad de Oportunidades no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (BOE 289 de 3 diciembre) que supuso un hito en la legislación española que contemplaba por primera vez los principios de vida independiente, accesibilidad universal y transversalidad.

³⁰⁹ BOE num 289, de 3 diciembre 2013, Real Decreto Legislativo que armoniza, sustituye y deroga, entre otras, la Ley 13/1982 (BOE 103 de 30 abril)

golpean a la persona haciéndola vivir situaciones complejas que dificultan o impiden su integración social y su acceso al empleo.

La utilización de metodologías interseccionales, permiten apreciar anticipadamente los efectos que pueden producir los factores de discriminación, al objeto de anticiparse a ellos mediante la puesta en funcionamiento de acciones positivas y políticas sociales “ad hoc”.

Los capítulos que siguen, III.2 a III.8, facilitan la comprensión de las políticas y acciones dirigidas a las personas con discapacidad, en relación con empleo, accesibilidad y movilidad, género, seguridad y salud laboral, conciliación de la vida laboral y familiar, negociación colectiva y fiscalidad, así como de las intersecciones que tienen lugar en el fenómeno discriminatorio.

III.2- Discapacidad y empleo: La integración de las personas con discapacidad en el mercado laboral, se lleva a cabo, fundamentalmente, mediante el empleo ordinario. En un segundo plano el empleo especial o protegido y, más allá, el empleo como autónomo. Articuladas como figuras jurídicas diferentes³¹⁰, están dotadas de una amplia variedad de acciones positivas; sean estímulos administrativos, financieros o fiscales.

³¹⁰ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, BOE de 29 marzo, Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social, TRLGDPD, BOE 289 de 3 diciembre (anteriormente en la Ley 13/1982, de 7 abril, Integración Social de los Minusválidos, LISMI; BOE 103 de 30 abril); Ley 20/2007, de 11 julio, Estatuto del Trabajo Autónomo, BOE 166 de 12 julio.

El empleo ocupacional, forma parte de los servicios sociales (terapia ocupacional) y, en consecuencia, no se incluye en el sistema de empleo de las personas con discapacidad.

Quedarían como categorías adicionales las fórmulas de autoempleo, bien como trabajadores autónomos, dependientes o no, o dentro de las fórmulas societarias previstas para la economía social³¹¹ en sus formulaciones más habituales, como cooperativas de trabajo asociado o sociedades laborales.

En consecuencia, los diferentes sistemas de empleo para las personas con discapacidad previstos en nuestra legislación y objeto de esta Tesis, son los siguientes:

- a) Sistema laboral ordinario: a todos los efectos se aplica el ET. Es el sistema preferente para la integración laboral de las personas con discapacidad y el que soporta la mayor tasa de empleo. Puede incluir empleo con apoyo.
- b) Sistema laboral especial o protegido: de conformidad con el art 2.1.g) ET y la regulación específica RD 1368/1985, de 17 julio. Se realiza en Centros Especiales de Empleo, según RD 2273/1985, de 4 diciembre. Puede dar lugar a Enclaves Laborales en la empresa ordinaria, según RD 290/2004, de 20 febrero. Puede conllevar empleo con apoyo. Los Centros Ocupacionales no constituyen empleo protegido sino que tienen carácter asistencial; aseguran

³¹¹ Las diferentes formas de empleo de la economía social, no están incluidas en el alcance de este trabajo, ver II.3.1.3,

servicios de terapia ocupacional y apoyo social para las personas con discapacidad que no pueden integrarse en un CEE ni en un empleo ordinario

- c) Sistema de trabajo autónomo: sujeto a la ley 20/2007, de 11 julio, del Estatuto Trabajo Autónomo, sea o no dependiente.

III.2.1.- Sistema laboral ordinario: La publicación de la Ley 13/1982, de 7 abril, de Integración Social de los Minusválidos, LISMI³¹², marcó un hito en el compromiso público por la integración laboral de las personas con discapacidad, aunque su cumplimiento en el sistema laboral ordinario no puede decirse que haya sido un éxito.

Es el Tratado de Amsterdam de la CE, de 2 octubre de 1997, como suele ocurrir con otras decisiones comunitarias³¹³, el que otorga nuevo impulso para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, con la introducción de una cláusula, artículo 13, sobre no discriminación por diferentes motivos, entre ellos la discapacidad.

En España, octubre 1997, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, MTAS, y el CERMI, firman un acuerdo para la mejora del empleo de las personas con discapacidad, que dio paso al II Plan de Empleo MTAS-CERMI 2002-2004, del 3 diciembre 2002.

³¹² BOE num 103 de 30 abril 1982

³¹³ Un interesante relato de la influencia comunitaria en los derechos de las personas con discapacidad por Vanessa Cordero García en “Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo” Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pp 177.

La declaración del año 2003, como Año Europeo de las Personas con Discapacidad³¹⁴ y el Plan de Acción del Consejo de Europa³¹⁵ para la promoción de los derechos y la plena participación de las personas con discapacidad 2006/2015, del 5 abril 2006 supusieron un nuevo impulso para el incremento de medidas, planes y programas dirigidos a las personas con discapacidad,

La ley 62/2003, de 30 diciembre, que traspuso a nuestro ordenamiento la Directiva 2000/78 CE, y la ley 51/2003, de 2 diciembre, LIONDAU, resultaron determinantes para implementar acciones incentivadoras del empleo de las personas con discapacidad y de la elaboración de planes de acción para la eliminación de barreras.

El I Plan Nacional de Accesibilidad³¹⁶ 2004/2012 elaborado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la Declaración para el Dialogo Social de 8 julio 2004, que precedió al Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo³¹⁷ 2006, firmado por el Ministerio de Trabajo, CEOE, CEPYME, CCOO y UGT, que se plasmaría en el RDL 5/2006³¹⁸, de 9 de junio, (ley 43/2006, de 29 diciembre) son algunos ejemplos.

En los años siguientes, las iniciativas institucionales destinadas a la integración de las personas con discapacidad han sido notables. Así, la

³¹⁴ Decisión Consejo Europeo 3 diciembre 2001, DOL 335, 19 diciembre 2001.

³¹⁵ Rec(2006)5 del Comité de Ministros a los Estados Miembros, de 5/04/2006, Diario Oficial UE (3/11/2006 Disposición nº 5),

³¹⁶ Elaborado por el IMSERSO y editado por el Ministerio de Trabajo, (NIPO-04-06-7) Madrid 2004, pp 269

³¹⁷ Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y el Empleo 2006, AMCE, de 9 mayo 2006

³¹⁸ BOE num 141, 14 junio 2006.

Estrategia Global³¹⁹ de acción para el empleo de las personas con discapacidad 2008/2012, el III Plan de Acción para las personas con discapacidad 2009/2012, y la Estrategia Española sobre discapacidad 2012/2020³²⁰.

El impulso europeo se materializa en la Estrategia Europea³²¹ sobre discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para la Europa sin barreras.

Pero a pesar de normas, planes y programas, las buenas intenciones que guiaron al legislador cuando estableció las cuotas de reserva de empleo en la LISMI, art 38.1, reformada por la DA 39ª ley 66/1997³²² y DA 11ª ley 50/1998³²³, no muestran un soporte estadístico favorable en los primeros años de vigencia de estas iniciativas (EDAD 2008³²⁴). Sin embargo en las nuevas explotaciones estadísticas de Empleo de Personas con Discapacidad, EPD, 2008/2010³²⁵ y 2011, elaboradas por el Instituto Nacional de Estadística³²⁶, se aprecia una mejora de los resultados obtenidos.

³¹⁹ Aprobada por Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Trabajo, el 26 septiembre 2008.

³²⁰ Aprobado por Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Sanidad y Política Social, en su reunión del 10 de julio de 2009

³²¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social, y al Comité de las Regiones, del 15/11/2010, COM (2010)636.

³²² BOE num 313, de 31 diciembre de 1997, Ley 66/1997, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social,

³²³ BOE num 313, de 30 diciembre de 1998, Ley 50/1998, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

³²⁴ INE 10/2009, Encuesta sobre Discapacidad, Autonomía Personal y situaciones de Dependencia, EDAD 2008, Notas de prensa, pp 12.

³²⁵ INE El Empleo de las Personas con Discapacidad 2008/2010, Notas de prensa, 21 junio 2012, pp 16

³²⁶ INE El Empleo de las Personas con Discapacidad 2011, Informe de resultados, marzo 2013, pp 51.

A esta mejora de resultados habrán contribuido, también, los instrumentos de información y gestión fruto del desarrollo normativo establecido por el RD 1451/1983³²⁷, arts 4 a 6 modificado por DA 2ª del RD 27/2000³²⁸ y el RD 170/2004³²⁹, coordinando el “registro de trabajadores minusválidos” de los Servicios Públicos de Empleo, art 39.2, el RD 290/2004³³⁰, el RD 364/2005³³¹, o la ley 56/2003³³², que establece, art 19 octies, como colectivos prioritarios en las estrategias de empleo, entre otros, a las personas con discapacidad, no puede decirse que hayan sido un fracaso pero su efectividad ha sido menor de lo esperado, sobre todo, creo yo, una vez que las funciones del Servicio Público de Empleo Estatal han sido transferidas a las Comunidades Autónomas.

La publicación en el BOE num 289, de 3 de diciembre, del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social, TRLGDPD, que armoniza y deroga las leyes 13/1982, 51/2003, y 49/2007, debería suponer un nuevo impulso para la igualdad y la no discriminación de las personas con discapacidad. Sin

³²⁷ RD 1451/1983, de 11 mayo, Regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de trabajadores minusválidos, BOE num 133, de 4 junio de 1983.

³²⁸ RD 27/2000, de 14 enero, por el que se establecen medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2 por 100 a favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores, BOE num 22 de 26 enero 2000.

³²⁹ RD 170/2004, de 30 de enero, por el que se modifica el RD 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, BOE num 27 de 31 enero 2004..

³³⁰ RD 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad, BOE num 25, de 21 de febrero 2004.

³³¹ RD 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo de carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad, BOE num 94 de 20 abril 2005.

³³² Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo; BOE num 301 de 17 diciembre 2003.

embargo los plazos previstos para establecer las condiciones básicas de accesibilidad, la aprobación del plan nacional de accesibilidad y el desarrollo del plan nacional de deficiencias, que se contemplan en las disposiciones adicionales tercera, cuarta y sexta, no permiten demasiado optimismo³³³.

Con el tiempo han surgido sistemas privados especializados para la búsqueda de empleo para las personas con discapacidad ligados a grandes grupos empresariales, como La Fundación ONCE³³⁴ y Telefónica (MERCADIS)³³⁵, que dentro del Programa INSERTA llevan a cabo acciones para la inserción laboral directa de personas con discapacidad, mediante los correspondientes convenios con empresas colaboradoras, mejorando los canales de comunicación y las posibilidades de acceso al empleo, o compañías como REPSOL³³⁶ con su programa de incorporación de personas con capacidades diferentes bajo el lema “*de las palabras a los hechos*” que en 2008 ha incorporado 348 personas con discapacidad en su plantilla (el 2,31% de la misma).

³³³ Cuando en el texto se hagan referencias a las leyes 13/1982, 51/2003 y 49/2007, fuera de un relato cronológico, debe entenderse que han quedado derogadas por el RDLegislativo 1/2013 y que la referencia es a éste.

³³⁴ FSC-Inserta, es la empresa de recursos humanos de la Fundación ONCE, especializada en la inserción laboral de personas con discapacidad; www.fsc-inserta.es

³³⁵ MERCADIS, Mercado de empleo para las personas con discapacidad, por iniciativa de la Fundación Telefónica, tiene como objetivo poner en marcha un mercado para las personas con discapacidad, mediante un sistema soportado en internet que posibilite una respuesta inmediata entre oferentes y demandantes de empleo, e incluya aspectos legales, cursos de formación y becas; www.mercadis.com

³³⁶ De las Palabras a los Hechos, Libro Blanco de la incorporación de personas con Capacidades Diferentes, en Repsol España, Editado por Repsol/Fundación Repsol, 2009.

Pues bien, después de treinta y dos años, tanto esfuerzo de normas, planes y programas, no ha conseguido que la contratación de las personas con discapacidad alcance los mínimos previstos por la LISMI.

Así, la encuesta de Discapacidad Autonomía Personal y situaciones de Dependencia³³⁷, EDAD 2008, INE, existen en España 1.482.100 personas con discapacidad en edad de trabajar, entre 16 y 64 años, de las que 526.100, un 35,5%, son personas activas, trabajan 419.300 y 106.800 están paradas. Entre las personas inactivas, 956.000, están estudiando 33.900³³⁸, 2,28%.

Las personas con mayor tasa de ocupación, 42,8%, son aquellas que presentan una discapacidad auditiva, seguida de las que tienen una discapacidad visual, 32,8%. Las personas con movilidad reducida tienen una tasa de ocupación del 21,6%, aunque son las más numerosas.

Sin embargo, de conformidad con los citados datos estadísticos, solo el 15,3% de las personas con discapacidad que estaban trabajando en 2008 se había beneficiado de alguna medida de acceso al empleo, lo que parece confirmar la afirmación aquí expresada en relación con la débil influencia de las medidas de acción positiva que contemplaba la LISMI (que se contemplan en el TRLGDPD).

³³⁷ Boletín Informativo INE 10/2009, Encuesta sobre Discapacidad, Autonomía Personal y situaciones de Dependencia, EDAD 2008, pag 6 de 12 pp

³³⁸ Ver estudio de la fundación ONCE, “Discapacidad, Estudios Superiores y Mercado de Trabajo. Barreras de acceso y repercusión en la inserción laboral” elaborado por Red2Red Consultores, cofinanciado por el Fondo Social Europeo, dentro del Programa Operativo de lucha contra la discriminación 2007/2013, en el que se pone de manifiesto la importancia de los estudios superiores para mejorar la integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo

Siguiendo con EDAD 2008³³⁹, 42.500 personas con discapacidad estaban trabajando en Centros Especiales de Empleo y en Entidades sin ánimo de lucro, pero de ellas solo 26.000 en los CEE. De donde se deduce que 376.800 personas con discapacidad estaban trabajando en el sistema ordinario, el 90%, y 42.500, el 10%, en el sistema protegido o en el social. Conviene resaltar que los datos estadísticos elaborados por el INE, encuestas EDDS 1999 y EDAD 2008, utilizan los mismos criterios conceptuales, pero no son coincidentes con los utilizados en la EPA³⁴⁰, pues cuando ésta se refiere a personas con discapacidad incluye, además, a personas con otros problemas de salud y el tiempo durante el cual deben de estar sufriendo estos problemas es de 6 meses. En las encuestas de EDDS y EDAD, solo se incluye a personas con discapacidad y el tiempo computado para considerar la discapacidad es de UN AÑO. De ahí las diferencias que suelen encontrarse entre ambos productos estadísticos (la EPA presenta datos más abultados) que pueden conducir a confusión.

La EPA se ajusta a la Encuesta Comunitaria de Fuerza de Trabajo, reglamento 577/1998³⁴¹ del Consejo, de 9 marzo, y este reglamento señala que en los segundos trimestres de cada año se debe introducir en la

³³⁹ INE, Encuesta sobre Discapacidad, Autonomía Personal y situaciones de Dependencia, EDAD 2008, Módulo empleo y educación de personas con discapacidad entre 16 y 64 años en Centros Especiales de Empleo tablas de referencia 1.2, 1.13 y 1.15

³⁴⁰ Jordán de Urriés, Francisco de Borja y otros, Empleo y Protección Económica de las Personas con Discapacidad, Servicio de Información sobre Discapacidad, dic 2009, pgs 7-8..

³⁴¹ DOL 77, 14/03/1998, CE 577/98, 9 marzo, (Ver Reglamento CE nº 1897/2000, de 7 septiembre, L228 de 8 septiembre, de la Comisión, por el que se establecen disposiciones de aplicación del reglamento 577/98 del Consejo, relativo a la organización de encuesta muestral sobre población activa)

encuesta de Fuerza de Trabajo preguntas relativas a temas específicos del mercado laboral de las personas con discapacidad. La EPA realizó esta investigación referida a personas con discapacidad, por primera vez, en el segundo trimestre de 2002.

Volviendo a los datos estadísticos de actividad, ocupación y paro, comparando las encuestas EDDDES 1999 y EDAD 2008, y los de la población general, obtenemos la siguiente aproximación³⁴².

Tasas Población discapacitada				
Cuadro nº 1				
	Tasa Paro		Tasa actividad	
	EDDES 99*	EDAD08	EDDES99*	EDAD08
Total	25,8	20,31	32,1	35,50
Hombres	21,9	17,16	40,4	40,31
Mujeres	32,7	24,0	23,6	31,15
Tasas Población general				
	Tasa Paro		Tasa actividad	
	EPA 99*	EPA 2008	EPA99*	EPA 2008
Total	15,9	13,91	50,2	60,13
Hombres	11,1	12,96	63,1	69,21
Mujeres	23	15,14	38,4	51,38

Fuente: ver nota a pie de página

Los datos que figuran en el cuadro nº 1, ponen de manifiesto que en el periodo considerado, 1999 al 2008, la tasa de actividad de la población

³⁴² Fuente: Elaboración propia con datos de EDDDES 99(*), EDAD 08, EPA 99(*), EPA 2008. Los datos EDDDES 99E (*) y EPA 99(*) Miguel Malo de Molina, Las personas con discapacidad en el mercado de trabajo español, revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº46, 2003, pgs 99-126.

general se incrementó en diez puntos porcentuales, y la de las personas con discapacidad se incremento en algo más de tres puntos porcentuales, aunque, eso sí, la tasa de paro de las personas con discapacidad disminuyó en cinco puntos porcentuales cuando en la población general solo disminuyó en dos.

Es de resaltar que se ha producido una notable reducción del desempleo femenino de las personas con discapacidad, aunque supera todavía en siete puntos porcentuales al de los varones.

Como cité anteriormente, uno de los estímulos o acciones positivas establecidos para incrementar la demanda de personas con discapacidad en el ámbito laboral, son las cuotas de reserva de empleo para que las empresas con 50 o más trabajadores cubran el 2% de la totalidad de su plantilla, fija o eventual en sus diversas modalidades, con personas con discapacidad, computadas de conformidad con el art 38.1, párrafo primero, LISMI³⁴³ (derogada por el RDL 1/2013, de 3 diciembre 2013, que en su art 42.1 contempla el sistema de reserva de empleo del 2% con el mismo alcance):

“Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores minusválidos. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de

³⁴³ Derogada por el RDL 1/2013, 29 noviembre, que armoniza las leyes 13/1982, 51/2003 y 49/2007. Por aprobación del Texto Refundido Ley General de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores con la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores minusválidos que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal”

Pues bien, la percepción más extendida entre las personas que trabajan en esta materia es que la tasa de ocupación del 2% se incumple en el 84% de las empresas de 50 o más trabajadores³⁴⁴, los servicios de inspección del Ministerio de Trabajo deberían realizar campañas sistemáticas para comprobar el cumplimiento de la cuota de reserva. Según el Directorio Central de Empresas, DIRCE³⁴⁵, publicado por el INE, en enero de 2008 había en España un total de 3.422.239 empresas, de las que 1.754.374 (51,26%) no tienen personal asalariado (son autónomos) y entre las demás, 30.768, el 0,91%, tenían 50 o más trabajadores y 1.637.097 (47,83%) entre 1 y 49 trabajadores con la siguiente distribución: 1.304.559 empresas (38,12%) entre 1 a 5 trabajadores, 160.460 (4,68%) de 6 a 9 trabajadores y 110.369 (3,22%) de 10 a 19 trabajadores y 61.709 (1,8%) entre 20 y 49 trabajadores. Revisar el cumplimiento de la cuota del 2% en 30.768 empresas, ciertamente, no parece una tarea imposible.

³⁴⁴ Según el subinspector de Empleo y Seguridad Social en Barcelona, en el marco del debate-coloquio “El sistema de integración laboral de personas con discapacidad” organizado por Integra Centro Especial de Empleo, durante la feria profesional de recursos humanos “Personal España” del 27 de mayo de 2010, el 84% de las empresas incumple la cuota del 2% . www.isencial.com/noticias

³⁴⁵ INE Directorio Central de Empresas, DIRCE, datos estadísticos al 1 enero 2008, Empresas por estrato de asalariados y condición jurídica. En 2011, por efecto de la crisis económica, las empresas de 50 o más trabajadores habían disminuido en un 20%, aproximadamente. .

La Fundación Equipara, dentro de su observatorio para la mejora de la equiparación laboral de las personas con discapacidad, realizó el informe Equipara 2008³⁴⁶ entrevistando telefónicamente a 1.319 empresas de 50 o más trabajadores, llegando a la conclusión de que 8 de cada 10 empresas conocían la LISMI y la cuota del 2%, sin embargo solo el 74% de las empresas tenía trabajadores con discapacidad y de ellas solo el 14% cumplía con la LISMI, lo que significa que solo el 10 % de las empresas cumple con la cuota o dicho de otra forma, a la luz de estos datos estadísticos, el 90 % de las empresas incumple su obligación respecto a la contratación de personas con discapacidad.

Hasta 2.002, las estadísticas relativas a la situación de las personas con discapacidad no han disfrutado de la consistencia necesaria. El Instituto Nacional de Estadística, INE³⁴⁷, con el impulso del Comité Español de Personas con Discapacidad, CERMI, y la Fundación ONCE, inició en 2009 una operación estadística de carácter continuo y periodicidad anual para proporcionar información consistente y comprensiva sobre el empleo de las personas con discapacidad, EPD. Por primera vez se dispone de una información del EPD³⁴⁸ que *“incorpora datos sobre medidas de fomento de empleo ordinario, empleo protegido, percepción de prestaciones sociales*

³⁴⁶ Informe Equipara 2008, Fundación Equipara, Barcelona, 2008, pp 180; www.equipara.org

³⁴⁷ INE, “El Empleo de las personas con discapacidad 2011” Informe de resultados, marzo de 2013, pp51, operación continua de periodicidad anual que figura en el Plan Estadístico Nacional 2009/2012 y en el de 2013/2016, con el nº 5631.

³⁴⁸ Personas con certificado de discapacidad que tienen un grado de discapacidad igual o superior al 33%, según el procedimiento de valoración establecido por el RD 1971/1999, modificado por el RD 1856/2009, INE notas de prensa 21 junio 2012, sobre el Empleo de Personas con Discapacidad

públicas y sobre situación de dependencia reconocida”, que pueden consultarse en la estadística de Empleo de las personas con discapacidad del INE³⁴⁹, serie 2008 a 2011.

Si en el cuadro nº 1, página 189, comparábamos las tasas de paro y actividad de las personas con discapacidad y los de la población general, entre EDDDES 99 y EDAD 2008, podemos hacer un nuevo ejercicio de comparación con los datos actualizados de 2008 y 2011, de la EPD y la EPA del mismo periodo.

Tasas Población con discapacidad				
Cuadro nº 2				
	Tasa Paro		Tasa actividad	
	EPD 2008	EPD 2011	EPD 2008	EPD 2011
Total	16,3	26,94	33,5	36,6
Hombres	14,6	26,45	38,4	39,6
Mujeres	19,4	27,65	27,3	33,0
Tasas Población general				
	Tasa Paro		Tasa actividad	
	EPA 2008	EPA 2011	EPA2008	EPA 2011
Total	13,99	22,85	60,13	59,94
Hombres	12,96	22,46	69,21	67,30
Mujeres	15,14	23,32	51,38	52,93

Cuadro nº 2: Fuente INE encuesta de Empleo de personas con discapacidad 2008 a 2011 y EPA 2008 y 2011 del 4º Trimestre

³⁴⁹ www.ine.es

De la observación del Cuadro nº2, se extraen algunas conclusiones interesantes: mientras la tasa de paro general se incrementó en casi 9 puntos porcentuales, la tasa de paro de las PCD, se incrementó en 10,64 (hombres 11,85 puntos y mujeres 8,25 puntos). Sin embargo el comportamiento de la tasa de paro general según la EPA, se incrementó en 8,86 puntos (9,5 puntos hombres y 8,18 mujeres). En cuanto a la tasa de actividad, se incrementó en 3,1 puntos porcentuales la de las PCD (1,2 puntos hombres y 5,7 puntos mujeres) mientras que en la población general disminuyó en 0,19 puntos (1,91 puntos hombres y 1,55 mujeres).

Resulta significativo que, según la encuesta, las personas con discapacidad se han incrementado un 44,5% desde 2008 hasta 2011 (en miles, de 873,3 a 1.262,0), siendo el aumento de los varones del 41,5% y el de las mujeres el 48,21% y la población activa ha crecido de forma muy intensa, un 57,91% (en miles, de 292,3 a 481,6) con un crecimiento de los varones del 45,79% y de las mujeres el 79,45%.

En el periodo considerado 2008 a 2011, afectado por una profunda crisis económica, la tasa de paro se incrementó más entre las personas con discapacidad (más en los hombres que en las mujeres) que entre la población general y sin embargo, comparando los datos desde EDDES 99 hasta EPD 2011, la tasa de paro de las PCD pasó de 25,8 a 26,94 (hombres 21,9 a 26,45 y mujeres de 32,7 a 27,65) y las de la población general varió desde 15,9 hasta 22,85 (hombres 11,1 a 22,46 y mujeres 23 a 23,32). Sin

embargo, en 2011, el porcentaje de asalariados con contrato fijo es del 76,9% para las PCD y del 74,8% para las personas sin discapacidad, porcentajes que desde 2009 se ha mantenido favorable a las PCD, y la estabilidad en el empleo de las PCD es mayor que el de la población general.

El empleo de las personas con discapacidad, INE 2011³⁵⁰, está condicionado por el género, la edad y la formación, y muy significativamente por el tipo e intensidad de la discapacidad (la tasa de ocupación de las personas con una discapacidad inferior al 45% supera en casi 40 puntos a la de las personas con discapacidad igual o superior al 75%).

Sin embargo lo realmente sorprendente es que solo el 25,7% de las personas con discapacidad que tienen un empleo ordinario tienen alguna deducción de la Seguridad Social y el 26,5% tiene un contrato específico de discapacidad.

Si a los datos de empleo indicados anteriormente, les acompañamos con los salariales se llega a la conclusión de que las personas con discapacidad tienen tasas de empleo menores y salarios menores. El salario medio bruto anual de las PCD es un 10% inferior al de las personas sin discapacidad, siendo esta diferencia mayor entre los hombres, 16,8%, que entre las

³⁵⁰ INE El empleo de las personas con discapacidad 2011: Informe de resultados, marzo 2013 pp 51

mujeres, 2%, según datos del INE³⁵¹ que combina la información facilitada por la Encuesta de Estructura Salarial, EES, con la Base de Datos Estatal de las Personas con Discapacidad, BEPD.

III.2.1.1) Acciones positivas: La cuota de cobertura del 2%, en “empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos el 2% sean trabajadores minusválidos..” LISMI art 38.1, que el TRLGDPD art. 42.1, reproduce.

La Encuesta de Empleo de Personas con Discapacidad, EPD, incluye una estimación, aunque imperfecta, de la cobertura de la cuota de reserva en empresas de 50 o más trabajadores en el sector privado y llega a la conclusión de que (sin computar a las empresas especializadas³⁵² en la inclusión de personas con discapacidad porque distorsionarían la muestra) el grado de cobertura global es del 1,4% (sería del 2% computando las empresas especializadas). En las empresas del sector público la cuota se sitúa en el 2,8%, sin incluir los datos de la administración pública (en ésta existe una cuota de reserva obligatoria en las convocatorias de empleo y no respecto a la plantilla). No obstante estos datos no permiten determinar el porcentaje de empresas de 50 o más trabajadores que cumplen con la cuota de reserva, aunque como he señalado anteriormente el grado de

³⁵¹ INE, Nota de prensa sobre el Salario de las Personas con Discapacidad 2010, publicada el 5 junio 2013, pp12.

³⁵² En las que, como es lógico, no se incluyen los CEE ni aquellas personas que trabajan y no cotizan a la Seguridad Social (cotizan a mutualidades)

cumplimiento en el sector privado³⁵³ las diversas estimaciones realizadas la sitúan alrededor del 15%.

Estas bajas tasas de cumplimiento de la cuota de reserva, considerando que, según DIRCE 2011, existían 24.061³⁵⁴ empresas de 50 o más trabajadores, podrían haber sido corregidas por los servicios de la Inspección de Trabajo si hubieran realizado un amplio seguimiento del grado de cumplimiento de la cuota de reserva, sin embargo visto el Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2011³⁵⁵, el esfuerzo dedicado a esta materia ha sido poco significativo.

En el Capítulo III del informe “Actividad de la Inspección”, páginas 41 y 42, se enumeran los objetivos para 2011, entre ellos, los relativos a siniestralidad laboral, prevención de riesgos laborales, acciones de protección sobre determinados colectivos de trabajadores, como los discapacitados y mujeres trabajadoras y acciones de control sobre empresas de trabajo temporal y, en la página 74, dentro de la actividad inspectora específica de contratación y condiciones de trabajo, se citan como unos de los objetivos en esta materia *“las actuaciones dirigidas a comprobar el*

³⁵³ Según el subinspector de Empleo y Seguridad Social en Barcelona, en el marco del debate-coloquio “El sistema de integración laboral de personas con discapacidad” organizado por Integra Centro Especial de Empleo, durante la feria profesional de recursos humanos “Personal España” del 27 de mayo de 2010, el 84% de las empresas incumple la cuota del 2% www.isencial.com/noticias (nota citada en paginas anteriores)

³⁵⁴ Ver cuadro nº 3, de esta Tesis.

³⁵⁵ Elaborado por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 2011, pp 228, www.meyss.es

cumplimiento de la Ley de Integración Social de los Minusválidos del año 1982, respecto de la cuota de reserva de los discapacitados, de las que se planificó la realización de 2.957 empresas a inspeccionar”. Pues bien, de acuerdo con el resumen de resultados del Informe, Cuadro 2.2, página 126, se realizaron 3.099 actuaciones que dieron lugar a 220 infracciones.

Ahora bien, los Servicios de Inspección tenían en 2011 una plantilla de 1.865 inspectores y subinspectores, como recoge el Informe en su página 21, y las actuaciones realizadas en esta materia son de 1,66 por inspector/subinspector año, claramente insuficientes para corregir las desviaciones existentes en el cumplimiento de la cuota de reserva.

El Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social³⁵⁶, de 2012, mantuvo las acciones destinadas a la integración de las personas con discapacidad. Para revisar el cumplimiento de cuota 2%, página 80 del informe, se realizaron 3.501 actuaciones (1,87 actuación por inspector y año) con el levantamiento de 160 infracciones. En ese año el personal de inspección eran 1.871 personas, pag 33 del informe, prácticamente el mismo que en 2011 y el número de empresas de 50 o más trabajadores 24.057.

En mi opinión, el número de actuaciones de la Inspección en esta materia es menor de lo deseable. Sería conveniente incrementar la actividad

³⁵⁶ Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2012, Elaborado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, NIPO 270-13-077-1, pp 232.

inspectora para que pudiera hacerse una inspección a cada una de las empresas de 50 o más trabajadores, en periodos inferiores a los diez años.

Para completar la información relativa a empresas y asalariados, en el cuadro n° 3 indico las variaciones que se han producido entre 2008 y 2012, en el número de empresas con asalariados, de conformidad datos publicados por el INE relativos al Directorio Central de Empresas, DIRCE(cuadron° 3).

Cuadro n° 3
Variación numero empresas 2008/2012 según DIRCE

	2008	2011	2012
Total empresas	3.422.239	3.250.576	3.199.617
Sin asalariados	1.754.347	1.795.321	1.764.987
De 1 a 5	1.304.559	1.161.360	1.156.446
De 6 a 9	160.460	138.040	131.944
De 10 a 19	110.369	84.834	79.113
De 20 a 49	61.709	46.160	43.070
Mas de 50	30.768	24.061	24.057

Fuente: INE Directorio Central de Empresas, DIRCE: Los valores del DIRCE se toman a 1 de enero de cada año

Hemos visto que el grado de cumplimiento obligatorio de la cuota en las empresas públicas es elevado, 2,8%. Sin embargo en la Administración del Estado, aunque no exista la obligación de mantener esa cuota pero si la voluntad de alcanzarla respecto a los efectivos totales de la Administración del Estado, existe la obligación de que en los procesos selectivos se reserve, actualmente como mínimo, un porcentaje del 7% para personas

con discapacidad. Este porcentaje de reserva en los procesos selectivos ha evolucionado desde el 5% contemplado en la D.A 19ª Ley 30/1984, 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública³⁵⁷ y RD 2271/2004³⁵⁸, de 3 de diciembre, *“de modo que progresivamente se alcance el porcentaje del 2% de los efectivos totales de la Administración del Estado”*. Con posterioridad la Ley 7/2007³⁵⁹, de 12 abril, de El Estatuto Básico del Empleado Público, en su art 59 mantiene la reserva del 5% para plazas a cubrir por personas con discapacidad, hasta que se cubra el 2% de los efectivos totales de la Administración Pública, La Orden APU 3416/2007³⁶⁰, de 14 noviembre, estableció las bases comunes por las que deben regirse los procesos selectivos y en la oferta de empleo público para 2008 se amplió el cupo hasta el 7%, porcentaje que se mantiene en la oferta de empleo público de 2010, RD 406/2010³⁶¹, de 31 marzo.

Salvo en las empresas públicas, en las empresas privadas con un marcado compromiso de responsabilidad social corporativa o en grandes empresas con capacidad para ello, las obligaciones derivadas de la reserva de empleo no se cumplen en los términos deseados por el legislador, porque eludir la obligación legal es fácil de llevar a efecto; basta elevar el listón de la

³⁵⁷ Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública, BOE 185, de 3 agosto 1984.

³⁵⁸ RD 2271/2004, de 3 diciembre, regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, BOE 303, de 17 diciembre 2004.

³⁵⁹ Ley 7/2007, de 12 abril, Estatuto Básico del Empleado Público, BOE 89, de 13 abril 2007.

³⁶⁰ Orden APU 3416/2007, de 14 noviembre, por la que se establecen las bases comunes por las que se regirán los procesos selectivos para el ingreso o acceso en cuerpos o escalas de la Administración General del Estado, BOE 284 de 27 noviembre 2007.

³⁶¹ RD 406/2010, de 31 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para 2010, BOE 79, de 1 abril 2010.

exigencia o la barrera de acceso. Y por otra parte, porque en la mayoría de los casos no existe un mecanismo coercitivo suficientemente desarrollado y eficaz para lograr el cumplimiento de la obligación legal³⁶². Más aún, la propia norma contempla que el empresario pueda presentar excepciones razonadas que le permitan sustituir la obligación de reserva de puesto de trabajo³⁶³ por la contratación de parte de su actividad con un Centro Especial de Empleo, o bien mediante la donación de una determinada cantidad económica a entidades sin ánimo de lucro y con fines asistenciales.

Estas vías alternativas, en mi opinión, desvirtúan y monetizan las cuotas de reserva de empleo lo que resulta particularmente rechazable.

En el sistema laboral ordinario³⁶⁴, además de las cuotas de reserva para favorecer la integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo, el legislador ha previsto diferentes estímulos, o acciones positivas, que pueden adaptarse a circunstancias coyunturales, presupuestarias y políticas de empleo, que se agrupan en las siguientes categorías: a) los

³⁶² RDL que aprueba texto refundido Ley 5/2000, 4 agosto, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, LISOS, BOE 8 agosto, art 15.3 LISOS, considerando falta grave el incumplimiento de la reserva legal, y los agravamientos de las sanciones de los arts 39.2, 41.2 y 46 LISOS (todos ellos poco operativos)

³⁶³ RD 364/2005, de 8 abril, Regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad, BOE 94, de 20 abril 2005.

³⁶⁴ Ver Lahera Forteza, Jesús: Acceso al mercado laboral y contratación de los discapacitados; AA.VV Relaciones laborales de las personas con discapacidad; Biblioteca Nueva, 2005, pp 92-105. Recoge de forma sistemática las diferentes modalidades de contratación para las personas con discapacidad y aporta una visión comprensiva de esta cuestión.

Puede verse también www.sepe.es en los documentos “Guía de contratos” actualizada a marzo 2014 y “Bonificaciones/Reducciones a la contratación laboral de personas con discapacidad” actualizado a febrero 2014, se incluyen aquellas medidas de apoyo y fomento a la contratación que están vigentes en cada momento.

contratos para la formación, b) contratos en prácticas, c) contratos de fomento del empleo, d) contratos indefinidos; todos ellos se apoyan en incentivos económicos de diversa naturaleza que, generalmente, consisten en subvenciones a fondo perdido por contrato y para adaptación del puesto de trabajo, bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social y deducciones en la cuota del impuesto de sociedades.

En cuanto a los estímulos que operan en las cuotas de la Seguridad Social, se establecen con criterios más amplios, como pueden ser edad, sexo, modalidad de contrato (formación o trabajo), tipo de contrato (fijo indefinido completo o parcial, temporal).

La tipología de cada uno de los estímulos previstos se ajusta a medidas de política social, fiscal o económica, que pueden coincidir o no con periodos presupuestarios³⁶⁵ y, en consecuencia, gozan de un cierto carácter de oportunidad. Los contratos para la formación, en prácticas y de fomento del empleo, tienen carácter temporal. Podrán convertirse en indefinidos si no se formalizan por escrito o en fraude de ley. Necesariamente deben realizarse con personas con discapacidad que estén inscritas en las oficinas de empleo.

³⁶⁵ Cómo queda señalado, los estímulos dirigidos a mejorar la integración laboral de las personas con discapacidad, dependen, en buena medida, de la coyuntura económica y, en consecuencia, pueden variar en cada ejercicio presupuestario, por lo que resulta imprescindible comprobar en cada caso concreto la existencia de las medidas vigentes y los requisitos exigidos para su aplicación, teniendo en cuenta, también que, como las competencias de servicios sociales están transferidas a las CC.AA, habrá que comprobar las existentes en cada una de ellas. Sirvan, pues, las normas aquí citadas como ejemplo, no exhaustivo, de la normativa estatal aplicable.

a) *Contratos para las formación*: previstos desde la Ley 13/1982, art 34,2 , derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que en su art 17, *Apoyo para actividad la profesional*, contempla las acciones pertinentes, pendientes de desarrollo, y por el RD 1451/1983, art 13, en tanto no la contradiga.

Podrán establecerse entre la empresa ordinaria y el trabajador discapacitado (o en los Centros Especiales de Empleo) con un régimen más favorable que el previsto para los demás trabajadores establecido por el art 11.1 y 2 ET. La duración será entre una duración mínima de 1 año y máxima de 3 años, aunque si lo contempla el Convenio Colectivo la duración mínima podría ser de 6 meses. El límite del contrato no será de aplicación cuando los alumnos participen en proyectos de empleo formación. Se podrá celebrar con mayores de 16 años y sin límite de edad y se permite que se complemente la formación con trabajos o tareas de tipo social. Los incentivos previstos durante la vigencia del contrato serán del 100% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social para empresas de hasta 250 trabajadores y del 75% para las mayores y, en todos los casos, del 100% de las cuotas de los trabajadores a la Seguridad Social. Existe la posibilidad de subvención para la adaptación del puesto de trabajo. A la finalización del contrato para la formación y sus prorrogas, si se formaliza un contrato indefinido, por al menos tres años, las empresas tendrán derecho a una

reducción de 1.500 euros/año de la cuota empresarial a la Seguridad Social para hombres y de 1.800 para mujeres.

Normativa: art 11 del R.D legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada por la Ley 3/2012 , de 6 de julio de junio; R.D 1529/2012, de 8 noviembre; RD Ley 16/2013, de 20 diciembre.

b) Contratos en prácticas: Para Diplomados Universitarios, Licenciados y Técnicos Superiores, o de formación profesional de grado medio o superior, o los equivalentes que habiliten para la práctica profesional, siempre que no hayan transcurrido más de siete años a la obtención de su titulación. La duración del contrato no será inferior a seis meses ni exceder de dos años, con periodos de prueba de un mes, titulados medios, o dos meses, titulados superiores. Si el contrato se realiza por menos de dos años, podrá prorrogarse hasta con dos prorrogas por una duración mínima de seis meses. Igual que en los contratos de formación, la empresa tendrá derecho a una reducción del 50% de la cuota empresarial a la Seguridad Social correspondiente a contingencias comunes. Posibilidad de subvenciones para la adaptación del puesto de trabajo, siempre que la duración del contrato supere doce meses. El salario no podrá ser inferior 60% o 75% al de un trabajador con el mismo o equivalente puesto de trabajo, durante el primer y segundo año, sin que pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional.

Normativa: Artículo 11 del R.D legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, según redacción dada por Ley 35/2010, de 17 septiembre, R.D 488/98, de 27 marzo, por el que se desarrolla el art 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos, R.D 170/2004, de 30 enero, por el que se modifica el R.D 1451/83, de 11 mayo; Ley 43/2006, de 29 diciembre.

c) Contratos de fomento del empleo: El fomento de empleo de carácter temporal, según DA 4ª ley 24/2001 con el régimen jurídico del art 44 de la ley 42/1996, se articula mediante contrato de trabajo escrito, sin causa, con una duración mínima de un año y máxima de tres años, entendiéndose, al amparo del art 49.1.c ET, prorrogados automáticamente hasta el plazo máximo cuando celebrados por uno inferior no hubiera prórroga expresa, operando la prórroga tácita de conversión en indefinido si al llegar al plazo máximo no se hubiera denunciado, salvo prueba en contrario. Se permite el encadenamiento de contratos pero no la sustitución de un trabajador fijo por otro discapacitado con contrato temporal cuando la empresa haya amortizado puestos de trabajo en el año anterior por regulación de empleo, despido improcedente o causa objetiva económica. Según sean los contratados menores o mayores de 45 años, sin discapacidad severa, la empresa obtiene unas ayudas de 4.100 o 4.700 euros año para mujeres y 3.500 o 4.100 euros año para hombres. En caso de discapacidad severa, en

los mismos rangos de edad serían respectivamente, 4.700 o 5.300 y 4.100 o 4.700 euros/año.

Normativa: Art 15 del Estatuto de los Trabajadores, RD Legislativo 1/1995, de 24 marzo; RD 170/2004, de 30 enero, por el que se modifica el RD 1451/83, de 11 mayo. Ley 43/2006, de 29 diciembre, art 2.2 y DA 1ª

d) Contratos indefinidos: pueden formalizarse por tiempo indefinido a jornada completa o parcial y la empresa obtendrá una subvención de 3.907 euros por cada contrato celebrado a tiempo completo, si fuera a tiempo parcial la subvención se reduciría proporcionalmente.

Además, para contratos a tiempo completo la empresa tendrá derecho a bonificaciones de 4.500 o 5.350 euros año, según sea hombre o mujer sin discapacidad severa y menores de 45 años, en el caso de mayores de 45 años las bonificaciones serían, respectivamente, de 5.700 euros año. Importes que aumentan en el caso de discapacidades severas de 5.100 a 5.950 para menores de 45 años y de 6.300 euros año para mayores.

Para la adaptación del puesto de trabajo la empresa dispondrá de una subvención de 901,52 euros y una deducción de 6.000 euros/año en la cuota íntegra del impuesto de Sociedades.

No obstante para obtener las ayudas anteriores, la empresa deberá mantener a los trabajadores con discapacidad por un tiempo mínimo de tres años y si hubiera despidos procedentes deberá sustituirlos por otros trabajadores con discapacidad.

Normativa: para contratación a tiempo parcial art 2.7 Ley 43/2006, de 29 diciembre, según redacción art 6.dos R.D Ley 2/2009, 9 de marzo; para bonificaciones cuota Ley 43/2006, de 29 diciembre; Ley 12/2001, de 9 julio, D. Adicional 1ª para reducciones indemnización despido; art 57 Ley 46/2002, de 18 diciembre; R.D 170/2004 de 30 enero, por el que se modifica el R.D 1451/1983, de 11 mayo.

e)Procedentes de enclaves laborales³⁶⁶: El empleo de personas con discapacidad que provienen de un enclave laboral, en situación de excedencia voluntaria del CEE, tiene por objeto facilitar la integración laboral de personas con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual con un grado igual o superior al 33% o bien personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad igual o superior al 65%. En estos casos las subvenciones estatales podrán consistir en ayudas por contrato realizado a tiempo completo de 7.814 euros.

Cuando se trate de mujeres con discapacidad no incluidas en los grupos anteriores que tengan un grado de discapacidad igual o superior al 33%, la ayuda será de 3907 euros por cada contrato realizado

Las reducciones a las cuotas empresariales de la Seguridad Social dependerán de la severidad de la discapacidad, de la edad y sexo del trabajador: para discapacidades no severas de menores de 45 años, serán de

³⁶⁶ www.sepe.es Servicio Público de Empleo Estatal “Guía de contratos” actualizada a marzo de 2014.

4.500 euros/año para hombres y 5.350 euros/año mujeres, y para mayores de 45 años 5.700 euros/ año para ambos. En cuanto a la discapacidad severa la reducción de cuotas para menores de 45 años, será de 5.100 euros/año para hombres y de 5.950 euros/año para mujeres, y para mayores de 45 años de 6.300 euros/año para ambos.

Las empresas podrán disponer de ayudas para la adaptación del puesto de trabajo y deberán mantener al trabajador por un periodo mínimo de tres años.

III.2.1.2) Extinción del contrato de trabajo: Las personas con discapacidad se encuentran en una situación desventajosa³⁶⁷ en el mercado laboral, como ha quedado expuesto en el apdo anterior. Están sujetas a discriminación en el acceso al empleo, una vez que están desarrollando su trabajo o en la cuantía de su retribución, con la consecuencia de una gran fragilidad de su estabilidad laboral. Situación que se puede agudizar cuando la discapacidad es sobrevenida.

Cuestión dieferente, pero que entra de lleno en el terreno de la discriminación por discapacidad es el de la consideración de la enfermedad como un factor más de discriminación añadido a los del art 14CE o bien se

³⁶⁷ María del Mar Ruiz Castillo “Igualdad y no discriminación: La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad” Ed.Bomarzo, Albacete, 2010, pp 194.

Tambien, respecto a la equiparación de enfermedad y discapacidad, escritos antes de publicarse las sentencias del TJUE 335/11 y 354/13.

Rodríguez Cardo, Iván Antonio, “Despido de trabajadores en situación de IT: equiparación de enfermedad con discapacidad”, Actualidad laboral, 2013, nº 7-8, pp 985-987.

Escribano Gutierrez, Juan; Enfermedad, discapacidad y discriminación desde la perspectiva nacional y comunitaria” Relaciones Laborales, 2007, Vol 23 nº5 pp 93-107.

considera a la enfermedad como una discapacidad porque dificulta o restringe la capacidad del trabajador para realizar sus tareas requiriendo la implantación de ajustes razonables. Pues bien, después de algunos titubeos el camino emprendido por la jurisprudencia del TJUE, no así por los Tribunales Españoles aunque éstos han planteado algunas cuestiones prejudiciales al TJUE en esta materia³⁶⁸, es el de entender que la enfermedad puede ser considerada como una discapacidad, aunque no como un motivo de discriminación adicional. El argumento recurrente para negar a la enfermedad la cualidad de discapacidad es el carácter temporal de aquella frente a la permanencia de ésta. Pobre y frágil argumento como se han puesto de manifiesto las Sentencias del TJUE C/335/11 y 337/11 de 11 de abril de 2013. O la más reciente C354/13, de 18 diciembre 2014, que considera que la obesidad, con efectos limitativos respecto a la capacidad de la persona, puede ser considerada como una discapacidad.

Como señala acertadamente Mora González Vicente³⁶⁹, lo sorprendente es que “en la estadísticas judiciales no se encuentre rastro de información sobre demandas y resoluciones judiciales en materia de discriminación por discapacidad”.

³⁶⁸ Ver Sentencias del TC 62/2008, de 26 mayo y del TJUE 13/05, de 11 de julio 2006 y 335/11 y 337/11, de 11 abril de 2013, y C354/13 de 18 diciembre 2014, Todas ellas se comentan en los apdos IV.i.3 y IV.2.1 de esta Tesis.

³⁶⁹ Mora González Vicente “La no discriminación en el empleo de las personas con discapacidad” pp 289-302, en AA.VV 2003-2012: 10 años de legislación sobre discriminación de personas con discapacidad en España, CERMI, CINCA, Madrid 2013, 466 pp.

Las causas de extinción del contrato de trabajo se contemplan en el art 49.1. i), j), k) y l), del ET. El 49.1.i, se refiere a la extinción por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, regulado en los artículos 51, 52 y 53. En estos casos, siempre que la empresa mantenga 50 o más trabajadores una vez resuelto el conflicto, debe asegurarse el cupo del 2% para trabajadores con discapacidad.

El 49.j) se refiere a la extinción por voluntad del trabajador fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario, causas que se especifican en el art 50, entre ellas la 1.c relativa a incumplimientos sobre movilidad geográfica regulados en el art 40, al que la Ley 3/2012, de 6 de julio³⁷⁰, añadió el 3ter que extiende a las personas con discapacidad su *“derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo del mismo grupo profesional que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento en los términos y condiciones establecidos en el apartado anterior para las trabajadoras víctimas de violencia de género”*. Para ello, tendrán que acreditar la necesidad de recibir un tratamiento de rehabilitación, físico o psicológico relacionado con su discapacidad. El traslado, en principio tendrá una duración inicial de seis meses durante los cuales se mantiene la reserva del puesto de trabajo, concluido este plazo deberá optar por uno u otro.

³⁷⁰ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, BOE num 162. De 7 julio.

Cuando la causa de extinción es por despido del trabajador, art 49.1.k, hay que trasladarse al art 54 ET en el que se regula la extinción por despido disciplinario motivado por incumplimiento grave y culpable del trabajador, y su apartado 2.e) que recoge como causa de despido la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado, la cual tendría que ser apreciada por el empresario en razón a los poderes que le otorga el art 20 ET, pero como bien señala su apartado 3 *“teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso”*.

Seguramente, el problema más agudo puede plantearse en las causas objetivas de extinción a las que se refiere el 49.1.l), reguladas en el art 52 ET. Y ciertamente, en este caso podría manifestarse cierta prevención por el contenido de los apartados a) y b). El primero, a), referido a la causa objetiva de *“ineptitud conocida o sobrevenida con posterioridad a la colocación efectiva en la empresa”*, y el segundo, b), *“por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables y hayan transcurrido como mínimo dos meses desde que se introdujo la modificación”*

Pues bien, la ineptitud³⁷¹ del trabajador con discapacidad presenta algunas dudas relacionadas con la tutela antidiscriminatoria, cuando no se haya obtenido la declaración de incapacidad permanente parcial, pues en este

³⁷¹ Ineptitud *“inhabilidad, falta de aptitud o de capacidad”* Diccionario de la lengua Española, Real Academia Española, Ed RAE, Madrid, XXII edición 2001, tomo II, pp 1187

caso “la ineptitud opera en los términos objetivos en que despliega sus efectos para cualquier trabajador” ³⁷². En caso de existir declaración de incapacidad permanente parcial operarían los supuestos de empleo selectivo del art 1 del RD 1451/1983, de 11 mayo³⁷³ .

Sin embargo, la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando se trate de un trabajador con discapacidad, deberá constatarse una vez comprobado que se ha recibido la formación que requiere el art 19.4 del ET, y que la adaptación al puesto de trabajo se haya realizado en los términos del art 40.2 del Texto Refundido Ley General personas con discapacidad aprobada por el RD Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, (anteriormente art 37.bis de la Ley 13/1982, LISMI) tímidamente recogidos por el art 4.c) y 17.1 del ET, cuyo incumplimiento estaría dentro de las infracciones contempladas en el art.81³⁷⁴ del TRLDPD (anteriormente art 16 Ley Infracciones y Sanciones en el Orden Social,).

III.2.2) Sistema laboral protegido: Sistema laboral especial o protegido está constituido por los Centros Especiales de Empleo³⁷⁵ creados por la

³⁷² Maria del Mar Ruiz Castillo, “Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2010, pp 195. Incluye en sus páginas 119 a 130 unas muy acertadas consideraciones en relación con el despido por ineptitud del trabajador.

³⁷³ BOE num 133, 4 mayo 1983.

³⁷⁴ El RD Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las personas con discapacidad y de su inclusión social, BOE num 289 de 3 diciembre, deroga y sustituye a las leyes 13/1982, de 7 abril, 51/2003 de 2 diciembre, y 49/2007 de 26 diciembre.

³⁷⁵ Javier de Urriés y Verdugo Alonso realizaron un Informe sobre la situación de los Centros Especiales de Empleo en España, julio 2010, para el Instituto Universitario de Integración en la Comunidad, INICO, perteneciente a la Universidad de Salamanca.

LISMI³⁷⁶, arts 41 a 48, el RD 1368/1985³⁷⁷, de 17 julio, que regula la relación laboral de carácter especial de minusválidos³⁷⁸ y el RD 2273/1985³⁷⁹, de 4 diciembre, que los define como organizaciones empresariales creadas *“para realizar un trabajo productivo participando regularmente en las operaciones del mercado”* con el objetivo de proporcionar a los trabajadores con discapacidad la realización de un trabajo productivo remunerado, que facilite su integración posterior en el sistema laboral ordinario, atendiendo a lo indicado en el art 4 del RD 364/2005³⁸⁰.

Los CEE pueden constituir Enclaves Laborales en la empresa ordinaria, de acuerdo con el RD 290/2004³⁸¹, de 20 febrero y, también, utilizar fórmulas de empleo con apoyo³⁸² del RD 870/2007, de 2 julio.

El Real Decreto 290/2004³⁸³, de 20 de febrero, que regula los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de personas con discapacidad, en su exposición de motivos, párrafo decimo, señala:

“En definitiva, la finalidad última de los enclaves laborales es lograr la mayor integración de las personas con discapacidad con especiales dificultades en el mercado de trabajo ordinario”

Previsión que se positiva en el art 3,a) y se concreta en el art 6 refiriéndose a personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o

³⁷⁶ BOE num 133 de 30 abril 1982

³⁷⁷ BOE num 189, de 8 agosto 1985

³⁷⁸ Las personas con discapacidad que trabajen en CEE no están sujetas al ET, según art 2.1g ET

³⁷⁹ BOE num 294, de 9 diciembre 1985

³⁸⁰ BOE num 94, de 20 abril

³⁸¹ BOE num 45, 20 febrero 2004

³⁸² BOE num 168, 14 julio 2007

³⁸³ BOE num 45 de 21/02/2004

personas con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía igual o superior al 33%, personas con capacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65%.

Si bien el régimen jurídico aplicable a los CEE ha supuesto una vía efectiva para la contratación de personas con discapacidad que encontrarían difícil encaje en el sistema laboral ordinario, constituyen una legalizada “vía de escape” para incumplir la cuota de reserva del sistema laboral ordinario, al admitirse como causa autorizada del incumplimiento la contratación de servicios con un CEE (también realizando acciones de patrocinio o donaciones a entidades de utilidad pública que tengan como misión la formación, integración social o empleo de personas con discapacidad).

Aunque el RD 2273/1985, de 4 diciembre, establece en su art 7 que *“la creación de Centros Especiales de Empleo exigirá su calificación e inscripción en el Registro de Centros que la Administración Central o, en su caso, las Administraciones Autonómicas crearán en su ámbito de competencias”*. y la exigencia de mantener un registro actualizado de las personas con discapacidad demandantes de empleo, se conserva en el art 38 del Texto Refundido de la Ley General de las personas con discapacidad y de su inclusión social aprobada por el RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, BOE 289 de 3 diciembre, no resulta fácil encontrar información registral adecuada (nº de centros, actividad, facturación, plantilla de personas con discapacidad y total) siendo bastante limitada la que se

obtiene de las fuentes actuales, como demuestra el cuadro que incluyo a continuación como cuadro nº 4.

CUADRO Nº 4

CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO Y PLANTILLA DE PCD

ENTIDAD	FECHA REFERENCIA	Nº CEE	EMPLEOS P/DISCA
Observatorio Estatal de la Discapacidad	2011	Unos 1.573	No dice
FEACEM ³⁸⁴	Final 2010	1.871	Más de 59.000
Servicio Publico de Empleo Estatal SEPE	Final 2010	1.871	Más de 59.000
Fundación Empresa y Sociedad, Directorio 2012	Enero 2011	Mas de 1.700	Aproximadamente 55.000
CONACCE ³⁸⁵	No dice	2.172	64.391

Fuente: elaboración propia con información existente en las páginas web de dichas entidades

Resulta sorprendente que una información³⁸⁶ completa de los CEE existentes en España, no esté disponible en alguna base de datos oficial, cuando para la constitución y funcionamiento de estos centros³⁸⁷ existe un régimen jurídico y administrativo formalmente estricto.

Las cifras indicadas en el cuadro nº 4 son puestas en entredicho por la encuesta de Empleo de las Personas con Discapacidad (EPD), INE³⁸⁸ 2010, que establece en 35.800 asalariados cotizantes a la seguridad social los que estaban trabajando en Centros Especiales de Empleo.

³⁸⁴ FEACEM es la Federación Empresarial Española de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo que refiere sus datos al SEPE (Servicio Público de Empleo Estatal), En el informe sobre la situación de los CEE en España 2010, elaborado por Jordan de Urriés y Verdugo para INICO se indica, pag 26, que según FEACEM existían en 2008, 1.775 centros y 52.631 empleos con discapacidad.

³⁸⁵ CONACCE es la Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo.

³⁸⁶ El Directorio 2012 de la Fundación Empresa y Sociedad, solo incluye información completa de 50 CEE que mantienen vínculos con la Fundación, de los 1.700 que contabiliza.

³⁸⁷ Las competencias relativas a CEE están atribuidas a las CC.AA

³⁸⁸ INE Notas de prensa, de junio 2012, sobre el empleo de personas con discapacidad EPD, con resumen de la explotación estadística de la Encuesta de Población Activa y de la Base Estatal de Personas con Discapacidad.

En cualquier caso, comparado este dato con los 26.000 empleos de la EDAD 2008, la progresión resulta remarcable considerando que se ha producido en un contexto recesivo para el empleo y la actividad económica.

La relación laboral³⁸⁹ de carácter especial para las personas con discapacidad, en grado igual o superior al 33%, que trabajen en CEE se regula en el RD 1368/1985, de 17 julio, está rodeada de amplias garantías de tutela desde que se inicia el proceso de acceso al CEE, arts 4, 5 y 6, que deberá comenzar con la inscripción como demandante de empleo en la Oficina de Empleo correspondiente, aportando la valoración del equipo multiprofesional.

El contrato de trabajo, que deberá formalizarse por escrito enviando una copia al equipo multiprofesional, tendrá por objeto un trabajo “*productivo y remunerado*” que se adecúe a las características individuales del trabajador para “*favorecer su adaptación personal y social, y facilitar, en su caso, su posterior integración en el mercado laboral*”.

Durante su vida laboral será sometido a revisiones periódicas del equipo multiprofesional, o cuando se vea necesario, para comprobar su grado de adaptación al puesto de trabajo al objeto de evitar riesgos que podrían

³⁸⁹ Ver:

-AAVV La aplicación del derecho del trabajo a los Centros Especiales de Empleo, Codirectores Esteban Legarreta, Ricardo y Pérez Amoros, Francisco, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pp 679.

-Cordero Gordillo, Vanessa,; “Discriminación por discapacidad: centros especiales de empleo, convenios colectivos, relación laboral e integración física y moral” Actum social, 2008, n 11, pp 34-41.

-Lousada Arochena, José Fernando “Discriminación por discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación” Anuario Fundación 1º de Mayo, año 2010, pp 285-291.

corregirse, de haberlos, mediante la oportuna movilidad funcional o bien, llegado el caso con la extinción del contrato por las causas contempladas en el art 16,2b.

Los contratos de trabajo, por remisión del art 7, podrán adoptar cualquiera de las modalidades contempladas en el Estatuto de los Trabajadores, con la necesaria intervención de los equipos multiprofesionales cuando se trate de contratos para la formación, en relación con la duración máxima y contenidos formativos, y en los contratos de trabajo a domicilio en relación con la necesaria adaptación al puesto de trabajo, si bien esta modalidad no está autorizada para personas con discapacidad psíquica.

Siempre que las condiciones personales y profesionales del trabajador lo permitan, le empresa tratará de que la organización y métodos de trabajo se asemejen a los de la empresa ordinaria, siendo de aplicación en este ámbito tanto el Estatuto de los Trabajadores en cuanto a derechos y deberes básicos, como la normativa de salud y seguridad y la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, arts 8 y 9.

En cuanto a los aspectos relativos a duración del contrato, art 10, promoción en el trabajo, art 11, salario y sus garantías, art 12, y tiempo de trabajo, art 13, la norma se remite al Estatuto de los Trabajadores con las restricciones necesarias para velar por la integridad del trabajador y su adaptación al entorno laboral, mediante la obligada intervención de los equipos multiprofesionales.

Cuando se trata de movilidad funcional y geográfica, art 14, y de modificación de las condiciones de trabajo, art 15, aunque en todos ellos opera la remisión expresa a los arts 39, 40 y 41 del ET, se añaden algunas cautelas, ciertamente insuficientes, como requerir informes de los equipos multiprofesionales sin mencionar el carácter vinculante o no de los mismos, lo que podría conducir a una desviación del principio de igualdad de trato.

En las causas de extinción del contrato de trabajo, art 16, con remisión expresa al ET, salvo cuando se trate de extinción por causas objetivas que se regirán por lo indicado en el 16.2, en los siguientes supuestos.

a) por ineptitud conocida o sobrevenida con posterioridad a su incorporación a la empresa, que deberá ser constatada por el Equipo Multiprofesional. Si existiera antes de cumplir el periodo de adaptación o prueba no podrá alegarse una vez concluido dicho periodo.

b) la extinción por falta de adaptación al puesto de trabajo requerirá la constatación del equipo multiprofesional y podrá abrirse un periodo de tres meses, con suspensión del contrato, para perfeccionamiento profesional del trabajador para tratar de volver a incorporarle a su puesto de trabajo.

c) cuando se trata de extinción por la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por las causas previstas en el srt 51.1 ET, resulta necesario el informe del equipo multiprofesional, aunque en este caso no se exige la necesaria constatación.

d) por faltas de asistencia al trabajo elevando los porcentajes del ET, y con las salvedades previstas que en él se citan. En estos casos no se precisa informe del equipo multiprofesional.

Al objeto de prestar el soporte necesario a los trabajadores con discapacidad de los CEE, el RD 469/2006, de 21 abril³⁹⁰, regula las unidades de apoyo a la actividad profesional, equipos multiprofesionales, de conformidad con lo establecido en el art 1.2:

“se entiende por Unidades de Apoyo a la Actividad Profesional los equipos multiprofesionales enmarcados dentro de los Servicios de Ajuste Personal y Social de los Centros Especiales de Empleo, que mediante el desarrollo de las funciones y cometidos previstos en el art 2 de este real decreto, permiten ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que los trabajadores con discapacidad de dichos Centros tienen en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como la permanencia o progresión en el mismo”

Si el cumplimiento de la norma fuera efectivo, la protección antidiscriminatoria de los trabajadores con discapacidad en los CEE, cuando hubiera que proceder a la resolución de situaciones de adaptación al puesto de trabajo o de extinción por circunstancias objetivas del art 51,1 del ET, gozarían de una garantía específica aportada por los equipos multiprofesionales de las Unidades de Apoyo. En los casos de ineptitud la garantía antidiscriminatoria estaría reforzada por los informes del Equipo Multiprofesional externo.

³⁹⁰ BOE num 96, 22 abril 2006

Los CEE, si bien con una limitada oferta de trabajo, son un eslabón imprescindible para la inserción laboral de las personas con discapacidad; aportan estabilidad laboral, trato adecuado a los trabajadores y oportunidades de empleo, mayoritariamente, en la industria y los servicios, aunque corren el riesgo de convertirse en un sistema endogámico que no cumpla las funciones para las que se creó, en parte por la precaria situación de las Unidades de Apoyo y, también, por la falta de estímulos existentes para que los trabajadores con discapacidad migren hacia el sistema ordinario³⁹¹ al ofrecer a los trabajadores un entorno menos competitivo en el que se siente más seguro y más protegido, que facilita que los CEE retengan a los trabajadores más aptos evitando su salida hacia el sistema ordinario, olvidando, así, la función tractora que animó su creación.

Las ayudas a los CEE³⁹² pueden consistir en:

a) Financiación parcial de proyectos generadores de empleo por creación de nuevos centros o por ampliación de los existentes, subvencionando inversión fija, intereses préstamos o asistencia técnica, dependiendo de cual sea el porcentaje de personas con discapacidad en la plantilla, con importes que varían entre 9.015, 18 euros, cuando dicho porcentaje está entre 70% y 90%, a 12.020, 24 euros cuando supera el 90%.

³⁹¹ Sobre todos estos aspectos es conveniente ver informe realizado por Jordán de Urries y Verdugo sobre la situación de los CEE en España 2010 para INICO.

³⁹² www.sepe.es Ministerio de Trabajo e Inmigración, Servicio Público de Empleo Estatal

b) Ayudas para el mantenimiento de puestos de trabajo mediante bonificaciones del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social, subvenciones del coste salarial por un importe del 50% del salario mínimo interprofesional y subvenciones para adaptación de puestos de trabajo por importe de 1.803,04 euros por puesto de trabajo.

c) Ayudas especiales por una sola vez para sanear y equilibrar financieramente los CEE y, para aquellos que tengan la consideración de utilidad pública y sin ánimo de lucro, existen ayudas dirigidas a equilibrar sus presupuestos.

d) Ayudas a las Unidades de Apoyo de la Actividad Profesional, que cuentan con equipos multiprofesionales que tienen como misión ayudar a las personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía igual o superior al 33% o a personas con discapacidad física y sensorial con un grado de discapacidad igual o superior al 65%, a superar las barreras y dificultades que dichos trabajadores tienen para incorporarse a un puesto de trabajo. La cuantía de la subvención se establece en 1.200 euros anuales por cada trabajador con discapacidad que se encuentre entre los indicados, con contrato de duración indefinida o temporal mayor de seis meses.

Normativa: Creados por la Ley 13/1982, de 7 abril, art 42, derogada por el RD Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las personas con discapacidad y de su

inclusión social, BOE 289 de 3 diciembre, que en sus artículos 43, 44 y 45 regula esta materia. Ley 43/2006, de 29 diciembre, BOE 30 diciembre, para la mejora y crecimiento del empleo; R.D 469/2006, de 21 abril, BOE de 22 abril, por el que se regulan las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los Centros Especiales de Empleo; RD 364/2005, de 8 abril, BOE 20 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad; RD 427/1999, de 12 marzo, BOE 26 marzo, por el que se modifica el RD 1368/1985, de 17 julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas con discapacidad que trabajan en Centros Especiales de Empleo; Orden Ministerial de octubre de 1988, BOE 21 noviembre, de concesión de ayudas; Ley 66/1997, de 30 noviembre, BOE 31 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social; RD 2273/1985, de 4 diciembre, BOE 9 diciembre, aprobación del Reglamento de Centros Especiales de Empleo; RD 1368/1985, de 17 julio, BOE 8 agosto, regulación de la relación laboral de carácter especial de las personas con discapacidad que trabajan en los Centros Especiales de Empleo.

III.2.3) Trabajadores autónomos con discapacidad: El sistema de trabajo autónomo, regulado por la ley 20/2007, de 11 julio, del Estatuto del trabajo autónomo³⁹³, establece un marco de relaciones jurídicas propio del derecho privado, que no puede resultar ajeno a los criterios que establece nuestra constitución relativos al régimen público de la Seguridad Social, entre otros, igualdad y no discriminación, seguridad en el trabajo, formación y readaptación profesional, descanso adecuado, como acertadamente señala el preámbulo del texto legal.

Posteriormente³⁹⁴, la Ley 32/2010, de 5 de agosto, establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, y el RD 1541/2011, de 31 octubre, que la desarrolla, completaron los mecanismos de protección social contra la falta de actividad.

La Unión Europea ha tratado normativamente el trabajo autónomo mediante la Directiva 86/613/CEE, del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, derogada por la Directiva 2010/41/UE³⁹⁵, del Parlamento y del Consejo, de 7 julio 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

De acuerdo con la información estadística publicada por la Secretaría de Estado de Empleo, había 1.947.659 trabajadores autónomos propiamente

³⁹³ BOE num 166, de 12 julio 2007.

³⁹⁴ BOE 190 de 6 agosto y 263 de 1 noviembre, respectivamente.

³⁹⁵ Diario Oficial UE 180 de 15/julio.

dichos³⁹⁶ en alta en la Seguridad Social a 31/12/2011, siendo los varones el 66,8% y las mujeres el 33,2%. Y si miramos al Directorio Central de Empresas, elaborado por el INE, datos al 1 de enero de 2012, existían 3.199.617 empresas activas, de las cuales 1.764.987 no tenían asalariados, pero si personal autónomo.

La proporción existente de asalariados y trabajadores por cuenta propia en 2011³⁹⁷, entre la población ocupada con discapacidad y sin discapacidad, indica que el 89% de la población ocupada con discapacidad es asalariada y los trabajadores por cuenta propia o autónomos son el 11%. En la población ocupada sin discapacidad los asalariados representan el 83,7% y los autónomos el 16,3%.

El trabajador autónomo puede trabajar como empresario por cuenta propia o bien como autónomo económicamente dependiente. Para el objeto de esta Tesis, solo tomaré en consideración al trabajador autónomo económicamente dependiente, definido por la ley 20/2007, art 11.1, como:

“... aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus rendimientos de trabajo y de sus actividades económicas o profesionales”

³⁹⁶ De acuerdo con la citada publicación, “son aquellos trabajadores afiliados en alguno de los regímenes por cuenta propia de la Seguridad Social y que no están integrados en sociedades mercantiles, cooperativas ni en otras entidades societarias. También se excluyen los que figuran como colaboradores familiares y los que están registrados formando parte de algún colectivo especial de trabajadores”.

³⁹⁷ INE “El Empleo de las personas con discapacidad 2011: Informe de resultados” Madrid, marzo de 2013, pp 51

Deberán cumplir, simultáneamente, las condiciones que establece el art 11.2; a saber:

“a) no tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto a la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes.

b) No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.

c) Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.

d) Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pidiera recibir de su cliente.

e) Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con su cliente y asumiendo el riesgo y ventura de aquella”

Y ciertamente, cuando el trabajador con discapacidad³⁹⁸ autónomo, económicamente dependiente, realice su trabajo en las instalaciones del cliente estará inmerso dentro de un ámbito laboral determinado y se verá afectado por el entorno laboral en el que presta sus servicios ¿Podrían asimilarse los contratos de personal autónomo con discapacidad económicamente dependientes como un tipo de contratación laboral a los efectos de la cuota? Creo que va siendo hora de contemplar esta realidad en

³⁹⁸ Las referencias a trabajadores con discapacidad deberán tener en consideración el régimen normativo establecido por el RD legislativo 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de las personas con discapacidad y de su inclusión social, BOE 289, de 3 diciembre 2013.

el sistema normativo, considerando que la presión hacia la desregulación de las relaciones laborales y la creciente propensión política y empresarial hacia fórmulas de empleo autónomo es cada vez más intensa.

El Servicio Público de Empleo Estatal, SEPE, cuenta con programas de promoción de empleo autónomo para personas con discapacidad *“que tiene como objetivo financiar proyectos a personas con discapacidad desempleadas, que deseen constituirse como trabajadores autónomos”*.

Consisten en subvenciones para la actividad y bonificaciones de las cuotas de la Seguridad Social, para constituirse como trabajador autónomo (económicamente dependiente) o por cuenta propia.

Las subvenciones³⁹⁹ por el establecimiento como trabajador autónomo o por cuenta propia son hasta un máximo de 10.000 euros, subvenciones de hasta 4 puntos para el pago de intereses de préstamos destinados a la inversión hasta un máximo de 10.000 euros, subvenciones para asistencia técnica requerida para el mejor desarrollo de la actividad empresarial, con un límite del 75% del coste y siempre que la ayuda no sea superior a 2.000 euros, Subvenciones para la formación hasta el 75% del importe de los cursos y con el límite de 3.000 euros.

Las bonificaciones⁴⁰⁰ de la cuota de la Seguridad Social podrán ser del 50% de la cuota correspondiente a la base mínima de autónomos durante 3 años, desde la fecha de alta, Ley 45/2002, de 12 diciembre, modificada

³⁹⁹ Orden TAS/1622/2007, de 6 junio, BOE 7 de junio.

⁴⁰⁰ DA 11, Ley 45/2002, de 12 diciembre, BOE 298, 13 diciembre 2002, 2006.

posteriormente⁴⁰¹ por la Ley 43/2006, de 29 diciembre, disposición final sexta, ampliando dicho plazo a 5 años.

La aproximación del sistema laboral y de Seguridad Social aplicable a los trabajadores autónomos económicamente dependientes con el establecido para los trabajadores por cuenta ajena, incluida su capacidad para ser parte en la jurisdicción social, introduce, a mi juicio, la necesidad de establecer un observatorio de las posibles migraciones contractuales desde el sistema ordinario al de autónomos que, aunque visiblemente mejorado en los últimos años, no deja de ser una relación jurídico privada, de carácter civil, mercantil o administrativo, pero no laboral. Y esta especificidad, singularmente para los trabajadores con discapacidad, podrá traer en el futuro efectos no deseables en relación con la protección contra la discriminación.

III.2.4) A modo de resumen: las políticas dirigidas a la integración de las personas con discapacidad en el sistema de empleo ordinario, combinan elementos de integración antidiscriminatorios, formalmente incluidos en la legislación básica del Estado, y operacionales en los que se incluyen las medidas de acción positiva que se comparten con la legislación de las Comunidades Autónomas. La laxitud, la indiferencia de algunos agentes, y la confusión que se observa en la aplicación normativa, no han sido, ni son capaces de derribar las barreras de acceso al empleo ordinario.

⁴⁰¹ Ley 43/2006, de 29 diciembre, para la mejora del crecimiento y el empleo, BOE 312, de 30 diciembre

Especialmente la cuota del 2%, para empresas de 50 o más trabajadores, que después de los treinta años de vigencia de la ley 13/1982, de 7 abril, ante la indiferencia administrativa, empresarial y sindical, solamente alcanza al 1,4% del empleo en las empresas del sector privado, siendo su aplicación ignorada o no aplicada en la mayoría de las empresas. Y si la primera barrera no se derriba, la progresión es imposible.

En cuanto a los Centros Especiales de Empleo, que constituyen una necesaria y congruente medida de política de empleo para personas con discapacidad con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía igual o superior al 33% o a personas con discapacidad física y sensorial con un grado de discapacidad igual o superior al 65%, son complejos de gestionar (compiten en el mercado) tienen una implantación escasa y no parece, precisamente por su escaso número, que cumplan la función de tránsito hacia el empleo ordinario que se previó con su creación.

En cuanto a los trabajadores autónomos dependientes con discapacidad, se encuentran en una compleja encrucijada; gozan formalmente de la necesaria protección antidiscriminatoria, su relación jurídica laboral queda protegida por la jurisdicción social, pero no deja de ser una relación jurídico privada, de carácter civil, mercantil o administrativo, no laboral.

III.3- Discapacidad y accesibilidad: Las expectativas abiertas por la ley LIONDAU⁴⁰², para mejorar la accesibilidad universal de las personas con discapacidad, con la excepción de algunos programas cosméticos en entornos urbanos determinados, no han sido satisfechas todavía por actuaciones en el mundo real.

Recordemos lo que decía el art 2 de la Ley:

“Esta Ley se inspira en los principios de vida independiente, normalización, accesibilidad universal, diseño para todos, diálogo civil y transversalidad de las políticas en materia de discapacidad”,

Y su apdo a) definía la accesibilidad universal como:

“la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de diseño para todos y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.”

La Ley 26/2011⁴⁰³, de 1 agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, añadió el art 10 bis, “Igualdad de trato en acceso a bienes y servicios” por el que se obliga a que todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, fuera

⁴⁰² Modificada por la Ley 26/2011, de 1 agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, BOE 184, 2 agosto 2011.

⁴⁰³ Ley 26/2011, de 2 agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, BOE 164 de 2 agosto 2011.

del ámbito de la vida privada y familiar, al cumplimiento del principio de igualdad de trato evitando discriminaciones directas o indirectas por razón de discapacidad.

El art 16, contempla la obligación de la Administración General del Estado para que en colaboración con otras administraciones y las organizaciones representativas de las personas con discapacidad pongan en funcionamiento programas de accesibilidad.

“La Administración General del Estado promoverá, en colaboración con otras Administraciones públicas y con las organizaciones representativas de personas con discapacidad y sus familias, la elaboración, desarrollo y ejecución de planes y programas en materia de accesibilidad y no discriminación”

Y la *Disposición final cuarta* establecía el compromiso del Gobierno para redactar un Plan Nacional de Accesibilidad 2004-2012 (por cierto, este Plan, elaborado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, había visto la luz en julio de 2003, bajo la denominación de I Plan Nacional de Accesibilidad 2004-2012, mientras se estaba tramitando la LIONDAU en el Congreso de los Diputados).

Dentro de las estrategias contempladas en el Plan de Accesibilidad, se encuentra el Convenio Marco⁴⁰⁴ firmado entre el IMSERSO, Instituto de Mayores y Servicios Sociales, y la Fundación ONCE, el 14 de marzo de

⁴⁰⁴ Convenio Marco de colaboración entre el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) dependiente del Ministerio de Sanidad y Política Social e Igualdad y la Fundación Once para la Cooperación y la Inclusión Social de personas con discapacidad, con el objeto de desarrollar un programa de accesibilidad universal en el año 2011, firmado el 14 de marzo de 2011, consta de 17 páginas

2011, para desarrollar un programa de accesibilidad en 2011 al que pueden adherirse otras Administraciones públicas y organizaciones sin ánimo de lucro.

El Convenio, que consta de diez y siete cláusulas, tiene por objeto:

“Cláusula Primera: Es objeto del presente Convenio definir el marco de colaboración para la realización de proyectos con terceros encaminados a lograr la Accesibilidad Universal en entornos, productos y servicios y promover la aplicación de los criterios de Diseño para Todas las Personas, de acuerdo con las definiciones de la LIONDAU”

En su cláusula tercera incluye a qué tipo de proyectos y actuaciones se dirige el Convenio, que se agrupan en los siguientes bloques:

- A) Actuaciones de diagnóstico y planificación para lograr la accesibilidad.*
- B) Actuaciones correctoras para alcanzar la accesibilidad.*
- C) Actuaciones preventivas o de implantación de gestión de la accesibilidad.*
- D) Actuaciones para potenciar el servicio de taxi accesible.*
- E) Actuaciones de sensibilización, formación e innovación.*

El Convenio está dotado inicialmente con un presupuesto de 3.118.832,00 euros, de los que, aproximadamente, el 73,5% corresponde al IMSERSO y el 26,5% a la Fundación ONCE.

Aunque la LIONDAU, estableció un marco necesario de principios y criterios generales (excepto las establecidas en las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera y cuarta, a las que hemos hecho referencia en II.3.1.2) fue la trasposición de la Directiva 78/2000/CE sobre igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, mediante ley 62/2003,

de 30 diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas y del Orden Social, arts 27 al 43, la que introdujo algunas medidas concretas.

La ley 62/2003, en su art 38, modifica ampliamente el art 37 de la Ley 13/1982, de Integración Social de los Minusválidos, LISMI, relativo a la integración laboral de las personas con discapacidad para que se aplique el principio de igualdad de trato en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema de trabajo especial o protegido. Se entiende por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en la discapacidad.

Además, para garantizar la plena igualdad en el trabajo añade a la LISMI un nuevo artículo 37 bis , que en el párrafo 1, prevé la adopción de medidas de acción positiva que compensen las desventajas ocasionadas por la discapacidad, y en su párrafo 2 establece:

“los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para adaptar el puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa.....salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”

¿Quién establecerá qué es una carga excesiva para el empresario? Aunque el texto menciona como criterio la relación entre el coste de las medidas (paliado por las ayudas o subvenciones públicas existentes) y el volumen de negocios de la empresa, sería necesario establecer un desarrollo normativo más específico o pacto entre agentes sociales,⁴⁰⁵ al objeto de

⁴⁰⁵ Sobre pactos entre los agentes sociales ver II.3.2 y III.7 de esta Tesis

evitar conflictos de difícil solución que agravarían las situaciones que se quiere corregir.

La Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y situaciones de Dependencia, 2008⁴⁰⁶, pone de manifiesto que el 51,6% las personas con discapacidad entre 16 y 64 años, tienen dificultades para desenvolverse dentro de un edificio, subir o bajar escaleras y acceder a los medios de transporte, y en 1,2 millones de hogares en los que viven personas con movilidad reducida hay barreras de acceso a sus edificios. Y, por si fuera poco, el 24,6% de las personas con discapacidad que buscan empleo creen que no lo encuentran por problemas de movilidad.

Igualdad de trato y accesibilidad van irremediablemente unidas en la relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad y suponen un avance sustancial respecto a la regulación anterior. No obstante la complejidad fáctica para su implantación, compromisos de accesibilidad y efectos jurídicos que pudieran derivarse de su incumplimiento auguran un iter procedimental complejo, que requerirá un gran esfuerzo de todos los agentes públicos y privados para adaptarse a la nueva situación.

La nueva concepción de la accesibilidad establecida en la LIONDAU, art 2.c, contempla “*entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos*”, lo que incluye

⁴⁰⁶ Panorámica de la Discapacidad en España, Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia, 2008; Cifras INE, Boletín Informativo del Instituto Nacional Estadística 10/29, módulo accesibilidad y entorno, pag 6 a 9

prótesis, aparatos, medios de transporte, entorno urbano y ayuda personal o soporte humano, como parte del principio de accesibilidad universal que posibilite una vida independiente de la forma más autónoma y natural posible. ¿Nos acercamos al ámbito laboral que definíamos en los apartados I.3.1 y en II.1.3 de esta Tesis? Recordemos lo que allí se dice:

“defino el “*ámbito laboral*” como “*el espacio jurídico ideal configurado por las cuestiones o los problemas de la actividad laboral*” en el que deben protegerse los derechos de igualdad ante la ley y no discriminación de las personas con discapacidad en el empleo y la ocupación, la consideración de género, salud y seguridad laboral, conciliación de la vida familiar y laboral, negociación colectiva y fiscalidad. Incluye, además, su relación funcional con el espacio físico; movilidad desde y hacia el centro de trabajo, accesibilidad y adaptabilidad del entorno laboral”.

Una visión comprensiva de la accesibilidad en el ámbito laboral, podría llenar de sentido a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012, del Gobierno de España, y a la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020, de la Comisión Europea.

Pues bien, la aparición del TRLGDPD, que refunde, aclara y armoniza la LISMI, la LIONDAU y la LISOS (que quedan derogadas) en sus artículos 22 a 34, incluye y amplía las medidas que contenía el art 10 de la derogada

LIONDAU, estableciendo un plazo de dos años para que el Gobierno realice los estudios necesarios para su implantación, lo que no deja de ser una nueva medida dilatoria que difuminará, sin duda, el valor del nuevo texto legal.

La exigencia de accesibilidad universal⁴⁰⁷, como consecuencia de la falta de precisión terminológica de las normas, las dificultades inherentes a su aplicación efectiva y de una ausencia de coraje político para hacerlas efectivas, corre el riesgo de convertirse en una “paradoja normativa” sin efectos reales en la vida de las personas con discapacidad.

III.4- Discapacidad y género: La integración laboral de las personas con discapacidad se articula, fundamentalmente, alrededor del sistema laboral ordinario y en menor medida en el sistema protegido⁴⁰⁸. En cualquiera de los sistemas estudiados las mujeres⁴⁰⁹ tienen tasas de actividad y paro más desfavorables que las de los hombres, siguiendo con ello una tendencia muy asentada en el sistema laboral español (me remito al cuadro nº 2 de Cap III.2)

⁴⁰⁷ La provincia canadiense de Ontario, con unos 13 millones de habitantes, aprobó en 2005 la implantación de la Accessibility for Ontarians with Disabilities Act, que establece el año 2025 como plazo máximo para terminar con cualquier clase de barrera (relacionales, transportes y comunicaciones, tecnológicas, organizacionales, en urbanización y arquitectura, tanto físicas o materiales como inmateriales) bajo multa por día de incumplimiento de 50.000 dolares USA o 100.000 si se trata de empresas. (www.e-laws.gov.on.ca).

⁴⁰⁸ Ver cap III.2 “Discapacidad y empleo”

⁴⁰⁹ Ver el artículo de Carmen Delia Dávila Quintana “Discapacidad y género: un estudio de participación en el mercado de trabajo español” Moneda y crédito, nº 223, 2006, pp127-158. También a Eva María Blázquez Aguado en “Situación real de las mujeres efecto y/o consecuencia de la discriminación múltiple en el empleo: en especial la edad y la discapacidad” Políticas de Empleo AAVV coordinadores Jaime Cabeza y Francisca Fernández, Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2013, pp 215 -230.

Según INE, Encuesta de Empleo de las Personas con Discapacidad, EPD, 2011⁴¹⁰, que toma en consideración a las personas con discapacidad, PCD, de 16 a 64 años, había en España 1.262.000 PCD (687.700, 54,5%, hombres, y 574.300, 45,5%, mujeres), una población activa de 461.600 personas (272.200 hombres, 58,96%, y 189.500 mujeres, 41,05%), estando ocupadas 337.300 (hombres 200.200, 59,4%, y mujeres 137.100, 40,6%) con una bajísima tasa de actividad del 36,6% (hombres 39,6% y mujeres 33,0%), una tasa de paro del 26,9% (26,5% hombres y 27,6% mujeres) y una pervivencia de las diferencias negativas respecto a los hombres de las tasas de actividad, 6,6 puntos inferior a la de los hombres, y paro, 1,1 puntos superior a los hombres.

Cuadro nº 5

Tasas de ocupación paro y actividad de las PCD

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de EPCD 2011⁴¹¹

Concepto	Ambos sexos %	Hombres %	Mujeres %
Tasa ocupación	73,07	73,54	72,35
Tasa paro	26,94	26,45	27,65
Tasa actividad	36,6	39,6	33,00

La estabilidad en el empleo expresa otro atributo característico de la discriminación de género, porque los contratos indefinidos de los hombres

⁴¹⁰ INE El Empleo de las Personas con Discapacidad, EPD, de 16 a 64 años con certificado de discapacidad y grado de discapacidad igual o superior al 33%, según el procedimiento de valoración vigente elaborada mediante la explotación de la Encuesta de Población Activa, EPA, y de la Base Estatal de Personas con Discapacidad, BEPD, año 2011, informe de resultados marzo 2013 pp 51.

⁴¹¹ Tasas de ocupación (ocupados/activos*100) paro (parados/activos*100) y actividad (activos/tales*100), vemos que las mujeres se encuentran con mayores tasa de paro y menores tasas de ocupación y actividad

doblan a los de las mujeres, solo el 0,5% de las mujeres obtienen contratos indefinidos frente al 1% de los varones⁴¹².

La discriminación⁴¹³ que sufren las mujeres con discapacidad para encontrar un empleo no es, desgraciadamente, la única acción o actitud discriminatoria que sufren estas trabajadoras por razón de género. Las diferencias retributivas, los malos tratos psicológicos y las agresiones sexuales forman parte del ambiente laboral en el que se encuentran⁴¹⁴.

En cuanto a la discriminación retributiva⁴¹⁵, resulta de gran utilidad la encuesta del INE “El salario de las personas con discapacidad”, del año 2010⁴¹⁶, en la que se recoge que el salario medio anual bruto para los trabajadores por cuenta ajena con discapacidad en el año 2010 fue un 10% inferior al de los trabajadores sin discapacidad, siendo mayores las diferencias para los hombres, 16,8%, que para las mujeres, 2%. Sin embargo las diferencias salariales entre hombres y mujeres con discapacidad resultaron menores, un 9,1%, que entre las personas sin discapacidad, 22,9%.

⁴¹² Instituto Nacional de Empleo, INEM, Mercado de trabajo de las personas con discapacidad 1999 al 2002, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

⁴¹³ Ver a Pedro Fernández Santiago “Compendio sobre violencia de género y factores de discriminación en la mujer con discapacidad” en Políticas de bienestar social, nº 26, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pp 220 “hay que aportar una perspectiva de género en la discapacidad, ante todo, aparte de discapacitadas, son mujeres”

⁴¹⁴ “Diagnóstico social sobre violencia de género y discapacidad en la Ciudad de Madrid” Concejalía de Servicios al Ciudadano, Ayto Madrid, 2005, realizado por Pedro Fernández, María José Ramírez y Pilar Ramiro, entre mujeres con discapacidad física.

⁴¹⁵ Ver Malo Ocaña Miguel Angel y Pagan Rodríguez Ricardo “¿Existe la doble discriminación salarial por sexo y discapacidad en España? un análisis empírico con datos del Panel de Hogares, Moneda y Crédito, nº 225, 2007, pp 7-42.

⁴¹⁶ Realizada mediante explotación de la encuesta de Estructura Salarial y de la Base Estatal de Personas con Discapacidad, considerando a las personas con discapacidad con grado de discapacidad igual o superior al 33%, obtenido según RD 1971/1999.

En relación con las diferencias retributivas entre mujeres y hombres, discriminación que es aplicable a las mujeres con discapacidad, Quintanilla Navarro Beatriz⁴¹⁷, hizo un estudio en el que, además de reflejar los problemas retributivos existentes, se interna en las “discriminaciones derivadas” en relación con las prestaciones contributivas de la Seguridad Social y saca a la luz cuestiones que estaban ocultas.

La mujer con discapacidad está sometida a discriminación múltiple y en cascada, a pesar del mandato constitucional del art 9.2 CE, la LIONDAU⁴¹⁸, el TRLGDPD y la LO 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, LOI⁴¹⁹, que han aportado una rotundidad positiva dignas de la mejor suerte.

El art 8,2 de la LIONDAU lo expresaba con claridad dirigiéndose a los poderes públicos:

“Los poderes públicos adoptarán las medidas de acción positiva suplementarias para aquellas personas con discapacidad que objetivamente sufren un mayor grado de discriminación o presentan menor igualdad de oportunidades, como son las mujeres con discapacidad, las personas con discapacidad severamente afectadas, las personas con discapacidad que no pueden representarse a si mismas o las que padecen una

⁴¹⁷ Quintanilla Navarro Beatriz “Discriminación retributiva; diferencias salariales por razón de sexo” Marcial Pons, Madrid, 1996, 335 pp.

⁴¹⁸ Ley 51/2003, de 2 de diciembre, Igualdad de oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, BOE núm 289, de 3 diciembre 2003, derogada por el RD Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las personas con discapacidad y de su inclusión social. BOE núm 289 de 3 diciembre 2013.

⁴¹⁹ Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, BOE núm 71, de 23 marzo 2007.

acusad exclusión social por razón de su discapacidad, así como las personas con discapacidad que viven actualmente en el ámbito rural”

El TRLGDPD, toma el relevo y en su art 7.3y4, aunque de forma menos contundente (se olvida de los poderes públicos y se refiere a las administraciones públicas) dice lo siguiente:

“3.Las administraciones públicas protegerán de forma especialmente intensa los derechos de las personas con discapacidad en materia de igualdad entre mujeres y hombres, salud, empleo, protección social, educación, tutela judicial efectiva, movilidad, comunicación, acceso a la cultura, al deporte, al ocio, así como de participación en los asuntos públicos, en los términos previstos en este Título y demás normativa que sea de aplicación”.

“4.Asímismo las administraciones públicas protegerán de manera singularmente intensa a aquellas personas o grupos de personas especialmente vulnerables a la discriminación múltiple como niñas, niños y mujeres con discapacidad, mayores con discapacidad, mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género, personas con pluridiscapacidad u otras personas con discapacidad integrantes de minorías”.

Aunque la redacción no sea muy feliz (se asemeja más a una proclama electoral) está por ver el significado que se pueda atribuir a *“protegerán de manera intensa”* y habrá que esperar a su desarrollo normativo para emitir el correspondiente juicio de idoneidad.

La Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, LOI, supuso un hito formal en la lucha por la igualdad expresado con acierto en su art.1:

“hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los arts 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria”

La LOI dedica una amplia consideración a las relaciones laborales y aprovecha para transponer la Directiva 2002/73, de 23 de septiembre, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres referente al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y condiciones de trabajo, la Directiva 2004/13, de 29 de junio, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro, y se incorpora a la Ley de Enjuiciamiento Civil y a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Directiva 97/80, de 15 de diciembre, sobre carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

La LOI, establece cuales son los diferentes tipos de conductas discriminatorias; discriminación directa, discriminación indirecta, acoso sexual y el acoso por razón de sexo, las órdenes de discriminar y las represalias por reivindicaciones antidiscriminatorias⁴²⁰.

⁴²⁰ Ver Ignacio Albiol Monesinos director y otros, Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad, Ed Tirant Lo Blanch, 2007,pags 34 a 55

Y como he indicado en otro momento, a las conductas discriminatorias que sufren las mujeres, por serlo, en el entorno laboral, se añaden las que surgen como consecuencia de su discapacidad, como ponen de manifiesto año tras año los datos de empleo con una contundencia incontestable y que se reflejan en las Encuestas de Población Activa realizadas por el Instituto Nacional de Estadística.

Para observar la evolución durante un periodo determinado, tomaré como referencia inicial la *“EPA de 2002⁴²¹, II trimestre, Las personas con discapacidad y su relación con el empleo”*, que refleja una tasa de paro de los hombres del 12,8% y del 19,7% de las mujeres.

Los datos que nos muestran las encuestas de empleo de personas con discapacidad, en su formulación actual, EPCD, nos indican que en 2008 la tasa de paro de los hombres era el 14,6 por ciento y el de las mujeres el 19,4%, y en 2011, respectivamente, 27,65 y 26,45.

Como ya he señalado en otras ocasiones, los datos de empleo en el periodo 2008/2011, están afectados por una profunda crisis económica que se refleja en los datos obtenidos.

Transcurridos casi siete años desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad entre mujeres y hombres, he comprobado la atención que prestan los servicios de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la persecución de actitudes contrarias a la ley en el

⁴²¹ Instituto Nacional de Estadística EPA 2002, II Trimestre, Las personas con discapacidad y su relación con el empleo, cuadro 3

ámbito laboral. El Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del año 2012⁴²², páginas 82 a 85, recoge que la actividad inspectora, dentro de un Plan permanente en materia de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, que se inició en 2008, alcanza 6.097 actuaciones, que, tal como explico en el apdo III.2, resultan totalmente insuficientes para atajar los problemas discriminatorios que sufre la mujer con discapacidad en los centros de trabajo. Las actuaciones se dirigen, fundamentalmente, a comprobar la existencia de planes de igualdad, situaciones discriminatorias existentes en la relación laboral, salarial, negociación colectiva, acoso sexual y por razón de sexo, acceso al empleo y respecto a los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral. Se realizaron 865 requerimientos y se detectaron 82 infracciones.

Los factores discriminatorios, expresión de la interseccionalidad⁴²³ de género que sufre la mujer con discapacidad en el ámbito laboral, se manifiestan en su baja tasa de ocupación, menor estabilidad en el empleo, discriminación retributiva, malos tratos psicológicos y agresiones sexuales,

III.5- Discapacidad, seguridad y salud laboral: La aprobación de la LISMI, como he repetido a lo largo del texto, supuso un cambio radical para el tratamiento integral de las personas con discapacidad y de su inclusión social, estableciendo un amplio sistema de prestaciones sociales y

⁴²² Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2012, Edita Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, pp 232.

⁴²³ Ver Emanuela Lombardo y Mieke Verloo, La interseccionalidad del género con otras desigualdades en la política de la Unión Europea, Revista Española de Ciencia Política, num 23, Edita AECPA, Madrid, julio 2010, pp 11-30

económicas destinadas a beneficiarios no incluidos en el Sistema de Seguridad Social, cuyo desarrollo⁴²⁴ vio la luz mediante el RD 383/1984, de 1 febrero.

La entrada en vigor del RDL 1/1994, de 20 de junio, texto refundido de la Ley General Seguridad Social, TRLGSS, consolidó un sistema apoyado en dos sólidos anclajes: las prestaciones contributivas y las no contributivas.

Con la aprobación de la LIONDAU empezaron a recibirse en nuestro ordenamiento interno los principios de vida independiente, normalización, accesibilidad universal, diseño para todos, diálogo civil y transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, que han sido incorporados en el TRRDLPD que armoniza, aclara y complementa el contenido de la LISMI, la LIONDAU y la Ley 49/2007, de 26 diciembre, a las que deroga.

La evolución en estos años, desde 1982, responde a una actitud proactiva respecto a los ámbitos de protección; estos deben extenderse a lo largo de toda la vida de los sujetos, sea en el ámbito laboral o en la vida diaria. Se trata de establecer políticas activas de prevención en todos los ámbitos de las actividades humanas, siendo indiferente que se trate del espacio público o del privado.

Fruto de la influencia de la LIONDAU, el RD 170/2004, de 30 de enero, modifica los artículos 7, 8, 12 y disposición adicional segunda del RD 1451/1983, de 11 de mayo, que regula el empleo selectivo y las medidas de

⁴²⁴ El RD 383/1984, de 1 febrero, desarrolla el art 21.1 de la Ley 13/1982, de 7 abril, y regula la acción protectora del Título V y de las secciones 1 y 4 del Título VI.

fomento del empleo de trabajadores minusválidos, incluyendo el principio de “accesibilidad universal dentro de la empresa” en el art.12, que queda redactado como sigue:

“las empresas que contraten trabajadores minusválidos mediante un contrato indefinido, podrán solicitar subvenciones con cargo al Servicio Público de Empleo Estatal, que serán compatibles en su caso con los beneficios establecidos en los artículos anteriores, destinados a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de equipos de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales al trabajador minusválido contratado o para eliminar barreras u obstáculos que impidan o dificulten el trabajo de los trabajadores minusválidos (el subrayado es mío). La necesidad de adaptación o de medios especiales de protección personal, deberá contar con el informe favorable de la Inspección de Trabajo.” (el subrayado es mío)

La propia norma establece una novedad importante respecto a las ayudas para la adaptación de los puestos de trabajo; de no solicitarlas el empresario puede solicitarlas el trabajador.

En cuanto a la DA segunda, extiende los beneficios anteriores a los contratos temporales para fomento del empleo previstos en el art 44.dos.1 de la ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas y del orden social, siempre que su duración sea igual o superior a 12 meses, contratos en prácticas o para la formación regulados en el art 11 o de duración indefinida de los contemplados en el art 15, ambos del ET.

Todo ello hay que ponerlo en conexión con la ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, PRL, que en su art 14.1 recoge el derecho de todos los trabajadores a *“una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo”*, con el correlativo *“deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales”*, para obligar al empresario en su art 15.1.d a *“adaptar el trabajo a la persona”*, particularmente referido a concepción del puesto de trabajo y elección de equipos y herramientas y en el 15.2 a tomar *“en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y de salud en el momento de encomendarles las tareas”*. Protecciones genéricas todas ellas que se particularizan para trabajadores con discapacidad en el art 25.1:

“el empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias.” Y sigue *“Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no*

respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo”.(los subrayados son míos)

El art 25 de la Ley 31/1995, de 8 noviembre, de PRL consolida un cambio significativo en la consideración del riesgo en el trabajo, contemplando este riesgo desde un punto de vista subjetivo, el del trabajador.

No resulta ocioso recordar como el TRLGSS, arts 123.1 y 196, contempla la adecuación bidireccional entre trabajador y puesto de trabajo para entender la trascendencia de los cambios que ahora se comentan⁴²⁵.

La inobservancia de las obligaciones empresariales en relación a la adaptación del puesto de trabajo a los trabajadores con discapacidad, puede ser considerado como infracción grave, art 12.7 RD legislativo 5/2000, de 4 agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden Social,LISOS⁴²⁶, o muy grave cuando de ello se derive un riesgo grave e inminente para la salud y seguridad de los trabajadores, art 13.4 LISOS.

Desde un punto de vista formal, la seguridad y salud laboral de las personas con discapacidad está adaptándose de forma paulatina y congruente con los principios más actuales de no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, aunque todavía subsisten expresiones como minusválido o trabajador minusválido que, en aras de un lenguaje no

⁴²⁵, En el mismo sentido AAVV Torrents Margallef, Jorge en Los derechos de seguridad y salud de los trabajadores discapacitados, Dtor Fernando Valdés Dal-Re, Relaciones laborales personas con discapacidad;. Madrid, Eds Biblioteca Nueva, Fundación Francisco largo Caballero, Fundación ONCE, Fundación José Ortega y Gasset, 2005, pgs 247-280, 411 p.

⁴²⁶ BOE num 189 del 8 agosto 2000.

discriminatorio, deberían desaparecer de nuestras normas laborales y sociales. Queda por ver si los servicios administrativos de inspección se adaptarán adecuadamente a estas nuevas circunstancias.

III.6- Discapacidad y conciliación de la vida laboral y familiar: La adopción de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de 1989, incluía algunas medidas para que hombres y mujeres pudieran compaginar sus actividades profesionales y familiares, en virtud del principio de igualdad de trato para hombres y mujeres. La Directiva 96/34 CE⁴²⁷, avanza en este propósito y adopta un Acuerdo marco para establecer condiciones mínimas sobre *“el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medida importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres”*, promueve las condiciones mínimas a respetar por los estados miembros para conciliar la vida laboral y familiar y exhorta a los interlocutores sociales para que participen en la adopción de acuerdos aplicables. Tanto en la Carta como en la Directiva no se contemplan acciones específicas para las personas con discapacidad.

El legislador español, aprueba ley 39/1999⁴²⁸, de 5 de noviembre, sobre conciliación de la vida familiar y laboral, que no supuso un avance especial para las personas con discapacidad que trabajan, aunque contiene medidas

⁴²⁷ Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 junio 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre permiso parental, DOCE L 145, de 19/06/1996.

⁴²⁸ Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral, BOE num 266, de 6 noviembre 1999.

que favorecen la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas sin discapacidad que trabajan (permite reducir la jornada por guarda legal de minusválido que no desempeñe actividad retribuida y amplía la suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto para adopción o acogimiento de menores discapacitados).

Años más tarde, se aprobaría la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁴²⁹, que, como ya he comentado en capítulos anteriores, supuso un cambio sustancial en la equiparación formal de los derechos laborales entre mujeres y hombres.

Los efectos formales de los textos citados se dejaron sentir en el ámbito laboral, tanto en aspectos relativos a la igualdad de derechos como a la conciliación de la vida laboral y familiar, afectando al Estatuto de los Trabajadores⁴³⁰, ET, la Ley General de la Seguridad Social⁴³¹, LGSS, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales Laboral⁴³², LPRL y la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social⁴³³, LJS.

Resumo a continuación los aspectos fundamentales:

- a) *Permisos*: a.1) retribuidos de pequeña duración y por tiempo determinado: nacimiento de hijos (art. 37.3.b ET solo padre);

⁴²⁹ BOE num 71 de 23 marzo 2007.

⁴³⁰ RD legislativo 1/1995, de 24 marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores, BOE num 75, de 29 marzo 1995.

⁴³¹ RD legislativo 1/1994, de 20 junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, BOE num 154 de 29 junio 1994.

⁴³² Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, BOE num 269, de 10 noviembre 1995.

⁴³³ Ley 36/2011, de 10 octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, BOE num 245 de 11 octubre 2011

fallecimiento, accidente o enfermedad grave de familiar (art. 37.3.b ET, familiares del causante); realización de exámenes prenatales y preparación del parto (solo madre, arts 37.3f ET y 26.5 LPRL); lactancia (madre o padre, art 37.4 ET); nacimiento de hijo prematuro o que deba ser hospitalizado (no más una hora diaria hasta alta médica, madre o padre, art. 37.4bis ET); a.2 no retribuidos por mayor duración diaria y tiempo no determinado; guarda legal o cuidado directo familiar (quien tenga el cuidado, art 37.5 ET); nacimiento de hijo prematuro o que deba ser hospitalizado (madre o padre, art. 37.4 bis ET reducción hasta dos horas sin tiempo).

b) *Suspensiones de contrato*: maternidad (16 semanas por nacimiento +2 semanas más por cada hijo en parto múltiple, madre y/o padre, art. 48.4 ET); adopción y acogimiento (16 semanas por un solo niño mas dos semanas por cada niño adicional, madre y/o padre, si son menores de 6 años y para mayores de 6 años si tienen discapacidad, art. 48.4 ET); riesgo durante embarazo o lactancia (finaliza cuando se inicie el de maternidad, madre, arts. 48.5 ET y 26 LPRL).

c) *Excedencias*: para cuidado de familiares (no superior a un año y familiares sujetos, art. 46.3 ET); para cuidado de hijos (madre y padre, no superior a tres años, art. 46.3 ET). Reserva puesto de trabajo por periodo no superior a un año.

- d) *Subsidios y prestaciones Seguridad Social*: maternidad, adopción y acogimiento (periodos suspensión contrato por maternidad, adopción y acogimiento 100% base reguladora, arts. 133.bis y ss LGSS); riesgo durante embarazo (suspensión contrato por riesgo embarazo, 75% base reguladora, arts. 134 y 135 LGSS).
- e) *Protección frente despido*: se articula mediante arts 55.5 ET y 108.2 LJS, para proteger estabilidad en el empleo determinando que serán nulos los despidos durante suspensión de contrato de trabajo por maternidad, riesgo por embarazo o lactancia, adopción o acogimiento y de trabajadoras embarazadas hasta inicio suspensión por maternidad, el de trabajadoras víctimas de violencia de género por reordenación o cambio de tiempo o centro de trabajo, así como el de trabajadoras antes de transcurridos nueve meses desde incorporación por alguna de las suspensiones anteriores del contrato; solicitud de excedencia art 46.3 ET; solicitud y/o disfrute de permisos art 37.4 y 5 ET.
- f) *Otras medidas protectoras pensadas para familias numerosas*: bonificación 45% cuotas Seguridad Social de cuidadores necesarios si tienen a su cargo discapacitados; protección por convenio colectivo de trabajadores/as (de familia numerosa) en sus derechos laborales en cuanto a movilidad geográfica, modificaciones sustanciales condiciones trabajo o extinción contrato trabajo.

g) *Medidas procesales*: La entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/3007, introdujo una disposición adicional décimo primera por la que se añadía la disposición adicional decimo séptima al Estatuto de los Trabajadores que establece “las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente se resolverán por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral” actualmente en el artículo 139 de la ley de Jurisdicción Social. de esta forma se cerraba la posibilidad de que en algunas circunstancias el procedimiento que se aplicara fuera el ordinario, en lugar del urgente que correspondía al artículo 138 bis.

Pues bien, entre las medidas indicadas anteriormente no existe disposición alguna relativa a las personas con discapacidad que trabajan y que, a pesar de tantas normas y proclamas, siguen siendo invisibles en ciertos aspectos del ámbito laboral

Con posterioridad a la ley 39/1999, aparecieron otras normas legislativas y reglamentarias que contemplan instrumentos de protección relativos al fomento del empleo, protección familiar y de la Seguridad Social, prestaciones económicas por hijos, situación de familias con hijos prematuros o necesitados de hospitalización, incluyendo algunas medidas

específicas para personas con discapacidad; entre ellas: RD Ley 1/2000⁴³⁴, de 14 de enero; RD 1368/2000⁴³⁵, de 19 de julio; Ley 12/2001⁴³⁶, de 9 de julio; RD 1251/2001⁴³⁷, de 16 de noviembre; Ley 24/2001⁴³⁸, de 27 de diciembre. RD 1131/2002⁴³⁹, de 31 de octubre.

La Ley 39/1999 no apostó por la regulación de estas materias en los convenios colectivos y los agentes sociales no han mostrado atención especial a este problema. Tampoco a la llamada que la Ley 62/2003⁴⁴⁰, arts 42 y 43, dirige a los agentes sociales para que en la negociación colectiva introduzcan medidas que eviten situaciones discriminatorias.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres⁴⁴¹, en su art 44 introduce los “*derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*”, y en su art 45 trata sobre “*la elaboración y aplicación de los planes de igualdad*”. Sin embargo es en su disposición adicional decimo primera donde se introducen las modificaciones sustantivas al Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores entre las que, como señalé anteriormente, no existe

⁴³⁴ RDL 1/2000, de 14 enero, sobre determinadas medidas de mejora de protección familiar de la Seguridad Social, BOE num 14, 17 enero 2000

⁴³⁵ RD 1368/2000, 19 julio, de desarrollo de las prestaciones económicas de pago único por mantenimiento de tercer o sucesivos hijos y por parto múltiple, BOE num 181, de 29 julio 2000

⁴³⁶ Ley 12/2001, 9 julio, de medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, BOE num 164, de 10 julio 2001

⁴³⁷ RD 1251/2001, 16 noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social por maternidad y riesgo de embarazo, BOE num 276, de 17 noviembre 2001

⁴³⁸ Ley 24/2001, 27 noviembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, BOE num 313, de 31 diciembre 2001

⁴³⁹ RD 1131/2002, 31 octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contrastados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, BOE num 284, de 27 noviembre 2002

⁴⁴⁰ Ley 62/2003, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, art 42 y 43, BOE 313 de 31 diciembre, que formalizó la trasposición de la Directiva 2000/78/CE.

⁴⁴¹ BOE num 71, de 23 marzo 2007.

disposición alguna relativa a la conciliación de personas con discapacidad que trabajan.

La introducción en del TRLGDPD⁴⁴², art. 2 c), de la discriminación por asociación, aporta un nuevo soporte positivo para la conciliación de la vida familiar y laboral, cuando se planteen cuestiones de esta naturaleza por motivo o razón de discapacidad.

Traigo a colación, de nuevo, el caso 303/2006⁴⁴³, S.Coleman V.Attridge Law y Steve Law, motivado por cuestión prejudicial que plantea el Employment Tribunal, London South (Reino Unido) ante la demanda presentada por la señora Coleman contra V.Ettridge Law *“alegando que había sido víctima de despido encubierto y de un trato menos favorable que el obtenido por otros empleados, debido el hecho de tener un hijo con discapacidad”*.

La resolución del TJUE ante la cuestión prejudicial planteada, indica que *“cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa*

⁴⁴² Aprobado por el RDLegislativo 1/2013, de 29 noviembre, BOE 289 de 3 diciembre.

⁴⁴³ Ver referencia en IV.2.1

enunciada en el art 2 apdo 2 letra a)” (se refiere a la Directiva 2000/78 CE)

Concluyo señalando la situación, a todas luces discriminatoria, por la inexistencia de medidas específicas para la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas con discapacidad que trabajan, cuya corrección, sin perjuicio de que se adopten por negociación colectiva, exigiría un tratamiento normativo adecuado.

III.7- Discapacidad y negociación colectiva: La protección del derecho de sindicación, se establece como derecho fundamental en el art. 28 de la Constitución Española, y en su artículo 37.1 incluye un mandato específico para que la ley garantice *“el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”*. Convenios que, siguiendo la previsión constitucional de los artículos 14 y 49, deberán prestar una especial atención a la integración laboral de las personas con discapacidad.

El marco positivo de referencia, contemplado en la LISMI arts 3.2 (obligación de las administraciones, organizaciones sindicales y patronales de participar para alcanzar objetivos ley) y 37 y ss (de la integración laboral personas con discapacidad), ha sido sustituido por el TRLGDPD que, entre otros, en los artículo 1, “objeto de la ley”,⁷ “derecho a la igualdad” y 35 “garantías del derecho al trabajo”, contempla previsiones actualizadas sobre la materia.

Completan el soporte positivo considerado, el Estatuto de los Trabajadores RD Legislativo 1/1995, de 24 marzo, arts 4.1c, 82 y ss, y la ley 62/2003⁴⁴⁴, art 42 y 43, relativos al derecho a la negociación colectiva de los trabajadores y a la regulación de los convenios colectivos, como expresión de la autonomía de sindicatos y empresarios para regular las condiciones de trabajo.

El art 42, ley 62/2003, abre una posibilidad auténtica para que los interlocutores sociales entren en un terreno en el que, solo desde la proximidad o la cercanía, pueden establecerse acciones positivas reales para la integración de las personas con discapacidad en el ámbito laboral,

“Los convenios colectivos podrán incluir medidas dirigidas a combatir todo tipo de discriminación en el trabajo, a favorecer la igualdad de oportunidades y a prevenir el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.”

Y el art. 43 señalaba que:

“Los poderes públicos fomentarán la adopción por las empresas y por las organizaciones sindicales y empresariales de planes de igualdad a favor de las personas con discapacidad, mediante los incentivos y medidas de apoyo establecidos para ello.”

La voluntad de los agentes sociales⁴⁴⁵ para integrar laboralmente a las personas con discapacidad, expresada en documentos congresuales y en

⁴⁴⁴ Ley 62/2003, de 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. BOE num 313 del 31 diciembre 2003, que, además, sirvió para trasponer la Directiva 2000/78 CE, de 27 noviembre.

⁴⁴⁵ Ver capítulo II.3.2 Discapacidad y agentes sociales.

acuerdos nacionales, aunque bastante escasa, lo que se dice merece una valoración general positiva. Sin embargo, trasladar esa voluntad de integración a los convenios colectivos, según se desprende de la muestra de convenios colectivos estudiados, a la que me refiero a continuación, no es una asignatura aprobada por los agentes sociales. Más aún, puede afirmarse que las medidas para la integración de las personas con discapacidad en la muestra estudiada son minoritarias, o bien se limitan a reproducir cláusulas de la normativa o de los Acuerdos Marco existentes, sin aportación alguna digna de mención.

Para estudiar qué tratamiento dan los convenios colectivos a las situaciones que afectan a los trabajadores con discapacidad, he obtenido tres muestras representativas (**muestras a, b y c**) de aquellos convenios sectoriales que afectan a sectores productivos con una fuerza de trabajo intensiva y altamente sindicalizada, por su importante efecto difusor en otros sectores de actividad.

A continuación expongo los resultados obtenidos de cada una de las

Muestras:

- **Muestra a)** Estudio⁴⁴⁶ realizado por las profesoras M^a José Dilla Catalá, Marta Arroyo González, Carmen Cueva Puente y Gema Sobrino González, relativo a 237 Convenios Colectivos de toda España, publicados entre 2001

⁴⁴⁶M^a José Dilla Catalá, Marta Arroyo Gonzalez, Carmen Cueva y Gema Sobrino; Los trabajadores discapacitados en la negociación colectiva, en Relaciones laborales de las personas con discapacidad, Dirigido por Fernando Valdés Dal-Re; Biblioteca Nueva S.L, 2005, pp 325-361.

y 2004. Se analizaron 149 convenios de ámbito provincial o de Comunidad Autónoma (28% de construcción, 33% hostelería, 10% industria, 5% a farmacia, 6% a enseñanza y el 18% restante varios). La muestra incluye, también, 32 convenios sectoriales estatales y 56 convenios de empresas de ámbito nacional.

- **Muestra b)** Una muestra restringida de convenios colectivos en el ámbito de la Comunidad de Madrid, publicados entre 2004 y 2006, en sectores intensivos en personal y con una acción sindical potente, tales como: construcción y obras públicas, industria siderometalúrgica, limpieza de edificios y locales, oficinas y despachos, hostelería y actividades turísticas

- **Muestra**⁴⁴⁷ **c)** la comparación de los convenios de la muestra b) con los nuevos convenios colectivos entre 2007 y 2010, al objeto de comprobar si presentan alguna evolución significativa bajo la influencia de los acuerdos nacionales y propuestas congresuales⁴⁴⁸ surgidos entre los años 2006 y 2010 (AENC, AINC, AMCE, y Congresos de UGT y CC.OO).

Las conclusiones que pueden extraerse del análisis de los documentos de las **Muestras a y b**, en los apartados de empleo y condiciones de trabajo, son las siguientes:

⁴⁴⁷ Pensé hacer una nueva valoración de los convenios colectivos firmados a partir de 2010, pero considerando que la crisis económica estaba alterando profundamente los fundamentos de la negociación colectiva, en un contexto poco propicio a ella, decidí no extender la investigación a un nuevo periodo.

⁴⁴⁸ Ver Capítulo II.3.2 Discapacidad y agentes sociales.

-Empleo de trabajadores: solo un pequeño número, el 4,7% de la **muestra a)**, contempla referencias específicas al porcentaje del 2% remitiéndose a las normas legales al respecto (faltaría más). Entre ellos, algunos que citan la reserva de plazas del 2% lo hacen refiriéndose al porcentaje en las nuevas contrataciones o a la plantilla de personal fijo. En cuanto a medidas que fomenten la contratación indefinida, solo el 4,7%, fundamentalmente en el sector de la enseñanza, contemplan la posibilidad de establecer contratos con trabajadores minusválidos, entre otros, al amparo de la D.A primera, 2.a, ley 12/2001.

En la **muestra b)** ninguno de los cinco convenios contemplados incluye mención alguna al respecto, si bien el art 38.1 de la ley 13/1982, de 7 abril, vigente entonces, establecía que las empresas, públicas o privadas, de 50 o más trabajadores “*vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2% sean trabajadores discapacitados*”, no existe un solo convenio de los estudiados que establezca medidas específicas para cumplir con el porcentaje que obliga la LISMI, sabiendo, como se sabe, que la mayor barrera que encuentran las personas con discapacidad para incorporarse al trabajo es la de acceso al empleo.

Generalmente, contemplan contratos de formación o en prácticas con desempleados “minusválidos”, al amparo del art 11 ET, que son contratos para el fomento de la contratación temporal que gozan de ciertas ventajas,

aunque como los convenios se limitan a reproducir la norma no incorporan medidas adicionales que faciliten el acceso.

Solo el convenio de construcción y obras públicas, art 4.5, de los contemplados en la **muestra b)**, menciona el contrato de formación de trabajadores discapacitados, sin añadir cuestión adicional alguna.

- *Condiciones de trabajo*: referidas a la adaptación de las condiciones de trabajo, la formación profesional, salud laboral y conciliación de la vida familiar, que afectan muy directamente a los trabajadores con discapacidad y, por lo tanto, deberían ser objeto de pacto en los convenios colectivos. Veamos el resultado.

La adaptación de las condiciones de trabajo, según sean los discapacitados que acceden a un puesto de trabajo o bien aquellos trabajadores afectados por una discapacidad sobrevenida, tienen un trato diferente en la negociación colectiva, a pesar del nuevo art. 37 bis de la ley 13/1982, de 7 abril, incluido por la Ley 62/2003, entonces vigente.

Las de aquellas personas con discapacidad que acceden a un puesto de trabajo son sistemáticamente ignoradas, con la excepción de algunos convenios de empresa, siendo su régimen legal el del art. 12, RD 1451/1983, en la redacción dada por el RD 170/2004, que para aquellas empresas que contraten “trabajadores minusválidos” mediante contrato indefinido *“podrán solicitar subvenciones con cargo al Servicio Público de Empleo Estatal, que serán compatibles en su caso con los beneficios*

establecidos en los artículos anteriores, destinados a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de equipos de protección personal necesarios....” con la particularidad de que la solicitud de la subvención puede hacerla el trabajador, caso de no hacerla el empresario.

En cuanto a la adaptación al puesto de trabajo por discapacidad sobrevenida, unos pocos convenios colectivos tratan esta materia con diferente fortuna pero solo algunos, 2,6% **muestra a)** establecen el compromiso de adaptar el puesto de trabajo para el trabajador discapacitado (en algún otro caso se contentan con establecer una preferencia cuando exista un puesto de trabajo que pueda desempeñar el trabajador).

De los convenios colectivos contemplados en la **muestra b)** solo el de limpieza de edificios y locales, art 35.4, prevé que los trabajadores discapacitados no ocupen puestos de trabajo inadecuados.

Resulta desconcertante que los convenios colectivos ignoren estos aspectos, cuando debe ser en la negociación colectiva donde se fijen los límites de la “carga excesiva” a la hora de establecer los costes y la obligación de la adaptación, art 37.2. bis de la ley 13/1982, de 7 abril, pues solo desde la realidad de la empresa pueden acometerse las medidas que el legislador ha enunciado.

Y, desgraciadamente, las acciones para la formación de los trabajadores con discapacidad son mayoritariamente ignoradas en los convenios colectivos estudiados.

Los aspectos relativos a la salud laboral son muy poco tratados en los convenios colectivos de ámbito sectorial y algo más en los de empresa, limitándose a reproducir, parcialmente, los preceptos legales pero sin avanzar respecto a lo establecido en la Ley.

En cuanto a medidas de conciliación de la vida familiar con la laboral, dado que, como hemos subrayado en el cap VI.6, la legislación no contempla medidas específicas para trabajadores con discapacidad que deban conciliar su vida familiar con la laboral, los convenios, **muestra a y b**, se limitan a incorporar aspectos relativos a reducción de jornada, premisos, suspensiones del contrato y excedencias, de los trabajadores “que tienen a su cargo personas con discapacidad”, en los términos establecidos por la legislación vigente.

Al objeto de valorar la influencia de las medidas y acuerdos adoptados por los agentes sociales en el periodo de 2007 a 2010⁴⁴⁹, he revisado los convenios citados en la **muestra b)** para ver si las acciones positivas contra la discriminación de las personas con discapacidad habían modificado su presencia en los textos publicados (convenios de Construcción y Obras Públicas, Industria Siderometalúrgica, Limpieza de edificios y locales,

⁴⁴⁹ Ver relación de acuerdos en II.3.2 Discapacidad y agentes sociales.

Oficinas y despachos, Hostelería y actividades turísticas de la Comunidad de Madrid) y el resultado sigue siendo descorazonador. Esta revisión de la **muestra b** la hemos agrupado como **muestra c**.

-muestra c) El Convenio colectivo de Construcción y Obras Públicas⁴⁵⁰ de 2011, vigencia hasta 31/12/2011, en su art 30 contempla un complemento personal por discapacidad, entre 17 y 34 euros mensuales, dependiendo del grado de discapacidad. Los arts 52, permisos y licencias, y 55, jubilación y excedencias, contemplan derechos a reducciones de jornada, entre 1/8 y media jornada y excedencia de 2 años para cuidado de familiares con discapacidad.

En el Convenio de Industria Servicios e Instalaciones del Metal⁴⁵¹, año 2009, con vigencia hasta 31/12/2012, no existe mención alguna relativa a medidas antidiscriminatorias para las personas con discapacidad, aunque se ha incluido el cap VIII, arts 48 y 49, relativo a políticas de igualdad entre hombres y mujeres y contra la violencia y el acoso sexual.

El Convenio de Limpieza de Edificios y Locales⁴⁵², año 2009, tampoco presenta avance alguno sobre la materia. El art 12 contempla que los trabajadores tienen derecho a no ser discriminados por sexo, estado civil, edad, condición social, ideas religiosas o políticas y afiliación o no a un

⁴⁵⁰ Convenio Colectivo de Construcción y Obras Públicas, vigencia de 2008 y 2009, Comunidad de Madrid, BOCM num139, 12/06/2008.

⁴⁵¹ Convenio Colectivo Industria, Servicios e Instalaciones del Metal, Comunidad de Madrid, vigencia 2009/2012, BOCM num 23, 28/01/2010.

⁴⁵² Convenio de limpieza de Edificios y locales, Comunidad de Madrid, año 2008, vigencia hasta 2011, BOCM num 69, 23/03/2009.

sindicato, pero olvida ¡a estas alturas! incluir la discapacidad como uno de los factores de discriminación. El art 25 trata del manido asunto de las licencias retribuidas, 10 horas año, acompañar a familiares con discapacidad a visitas médicas, y el art 35.5 contempla la protección en el puesto de trabajo a trabajadores especialmente sensibles, entre ellos las personas con discapacidad.

El Convenio de Oficinas y Despachos⁴⁵³, suscrito 2010, vigencia 2009/2012, solamente cita a las personas con discapacidad en el art 23, epígrafes 1 y 6, referidos a excedencias y a reducciones de jornada en la habitual y mecánica aplicación de 2 años de excedencia para cuidado de personas con discapacidad y reducciones de jornada entre 1/8 y el 50% para atender a familiares con discapacidad.

El Convenio de Hostelería y Actividades Turísticas⁴⁵⁴, año 2007, vigencia 2007/2010, sigue la pobre pauta de los anteriores. Solamente en el art 21.g se contemplan reducciones de jornada, entre 1/8 y el 50%, para atención, entre otros a familiares con discapacidad y en el art 43,2.c, excedencias, que se contemplan de hasta 2 años para el cuidado de familiares a su cargo, entre ellos a familiares con discapacidad.

De lo anteriormente indicado se infiere que las acciones positivas para la integración de personas con discapacidad en el ámbito laboral, no parecen

⁴⁵³ Convenio colectivo de Oficinas y despachos, Comunidad de Madrid, año 2008, vigencia hasta 31/ 12 /2008, BOCM 263, 4/11/2009.

⁴⁵⁴ Convenio Colectivo de Hostelería y Actividades Turísticas, año 2007, vigencia hasta 2010, BOCM nº 237, 5/10/2007.

preocupar a las partes negociadoras de los convenios colectivos. Silencio en cuanto a la reserva del 2%, a la adaptación del entorno laboral y del puesto de trabajo, a las licencias y excedencias de personas con discapacidad que las necesiten para atender a sus familiares, etc, etc.

Aunque las muestras utilizadas en b) y c) no permiten realizar una afirmación categórica relativa a la preocupación sindical por la discriminación de las personas con discapacidad en el trabajo, no se puede negar que los convenios estudiados se refieren a sectores intensivos en fuerza de trabajo, con gran capacidad difusora en otros sectores de actividad, y que la ausencia de medidas sobre estas materias refleja un desinterés de los agentes sociales digno de preocupación.

Pero además, todo ello haciendo caso omiso, entre otros, a los acuerdos firmados por el Gobierno de España, Sindicatos y Empresarios, entre 2006 y 2011⁴⁵⁵, que deberían haber tenido cierta influencia en los nuevos convenios de la **muestra c)**.

La ausencia de referencias a la integración de las personas con discapacidad en los convenios sectoriales influye, como no, en el contenido de los convenios de empresa que, en líneas generales, suelen seguir las pautas que aquellos establecen.

⁴⁵⁵ Para todos los acuerdos ver II.3.2 Discapacidad y agentes sociales.

No obstante, existen grandes empresas, como REPSOL⁴⁵⁶, y por supuesto el Grupo empresarial de la ONCE, que tienen estrategias altamente eficientes para la integración de las personas con discapacidad y son un claro ejemplo a seguir en el ámbito empresarial.

III.8- Discapacidad y fiscalidad: El ordenamiento tributario español incluye condiciones específicas para las personas con discapacidad, que obedecen a las funciones integradora, igualitaria y no discriminadora, previstas en la Constitución Española⁴⁵⁷, CE, Ley General Tributaria, LGT⁴⁵⁸, Ley Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas⁴⁵⁹, LIRPF, Ley Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones⁴⁶⁰, LISD.

Dejamos fuera de nuestro análisis los estímulos fiscales para fomento del empleo que han sido comentados en el cap.III.2⁴⁶¹ para fijar nuestra atención en el tratamiento fiscal de las rentas de las personas con discapacidad⁴⁶², considerando que:

a) Los valores monetarios reflejados en el IRPF, dado que suelen adaptarse en las leyes presupuestarias de cada año, responden a las vigentes para el

⁴⁵⁶ De las palabras a los hechos, Libro Blanco de la incorporación de personas con capacidades diferentes en REPSOL España. Repsol/Fundación Repsol, 2009.

⁴⁵⁷ José Manuel Sánchez-Cervera Senra y José Manuel Sánchez-Cervera Valdés, Los Trabajadores discapacitados. Monografías de CISS PRAXIS, 2.000, pgs 197 a 228.

-Ver también Convenio entre la AEAT, CERMI y Fundación Once, firmado el 25 de marzo de 2004.

⁴⁵⁸ Ley 58/2003, de 17 diciembre, BOE num 302, 18 diciembre 2003

⁴⁵⁹ Ley 35/2006, de 28 noviembre, BOE num 285, 29 noviembre 2006

⁴⁶⁰ Ley 29/1987, de 18 diciembre, BOE num 303 19/12/1987

⁴⁶¹ Ver Cap III.2, Discapacidad y empleo.

⁴⁶² Sigo en este capítulo a::

-la Normativa específica para personas con discapacidad renta 2012 publicadas por la Agencia Española de Administración Tributaria, AEAT.

-José Manuel Sánchez-Cervera Senra y José Manuel Sánchez-Cervera Valdés, Los trabajadores discapacitados, Editorial Monografías CISS-PRAXIS, marzo 2000, pag 222

ejercicio de 2012. La LISD recoge las modificaciones introducidas por la ley 62/2003, de 30 diciembre.

b) Las normas tributarias sobre las que gira la exposición del texto son las de ámbito estatal.

a) *Impuesto sobre la renta de personas físicas*: Aprobada la Ley 35/2006, de 28 noviembre, del IRPF⁴⁶³, y RD 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas⁴⁶⁴, art. 72.1, que señala:

“A los efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tendrán la consideración de discapacitados aquellos contribuyentes con un grado de minusvalía igual o superior al 33%.

El grado de minusvalía deberá acreditarse mediante certificado o resolución expedido por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o el órgano competente de las Comunidades Autónomas. No obstante, se considerarán afectos de una minusvalía igual o superior al 33% los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Igualmente, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65% cuando se trate de discapacitados cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado.”

⁴⁶³ Ley 35/2006, 28 noviembre, BOE num 285, 29 noviembre 2006

⁴⁶⁴ Real Decreto 439/2007, de 30 marzo, BOE num 78, 31 marzo 2007.

b) Rentas exentas: La Ley del IRPF contiene en su art 7, las rentas exentas de gravamen que, en general, son las prestaciones económicas reconocidas por la Seguridad Social como consecuencia de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez y las prestaciones familiares contempladas en el Cap IX, Título II, del RDL 1/1994, Ley General de la Seguridad Social⁴⁶⁵, las prestaciones que, en situaciones idénticas a las anteriores, les son reconocidas a los profesionales no integrados en el Régimen General de la Seguridad Social, con el límite que del importe de la prestación máxima reconocida por la Seguridad Social por el concepto que corresponda, tributando la cantidad restante como renta de trabajo. Las pensiones por inutilidad e incapacidad permanente del régimen de clases pasivas, siempre que inhabiliten para toda profesión y oficio. Las cantidades percibidas de instituciones públicas por acogimiento de personas con discapacidad, las otorgadas por instituciones públicas para personas con discapacidad con un grado igual o superior al 65% para financiar su estancia en residencias o centros de día, si sus rentas no exceden del 14.919,28 euros (doble del IPREM 2010). Las prestaciones por desempleo cuando se perciban en la modalidad de pago único, cualquiera que sea su cuantía, para convertirse en autónomos. Los rendimientos del trabajo derivados de prestaciones obtenidas en forma de renta por personas con discapacidad constituidas por el sistema de previsión social especial constituido a favor de las mismas y

⁴⁶⁵ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio, arts 180 al 190 ,BOE num 154 , de 29 junio 1994.

los rendimientos derivados de los patrimonios protegidos, con un límite de 22.365,42 euros (tres veces el IPREM 2010). Las prestaciones económicas públicas vinculadas al servicio para cuidados en el entorno familiar correspondientes a la ley “de Dependencia”

c)Reducciones por rendimientos de trabajo: Las reducciones por rentas de trabajo se contemplan en el art 20 de la Ley IRPF y se aplican con carácter general a todos los contribuyentes, pero las personas con discapacidad que sean trabajadores activos tienen derecho a una reducción adicional de acuerdo con su grado; igual o superior al 33% e inferior al 65%, 3.264 euros, aunque si acreditan que necesitan ayuda de terceras personas o tienen movilidad reducida la reducción será de 7.242 euros, para grado superior al 65% la reducción será de 7.242 euros.

d)Rendimientos de actividades económicas: Se contemplan en el art 32 de la Ley IRPF. Las personas con discapacidad podrán aplicar una reducción adicional de 3.264 euros anuales o 7.242 euros, a las reducciones especiales para determinados rendimientos en actividades económicas en estimación directa, si acredita necesidad de ayuda de tercera persona o movilidad reducida o si su grado es igual o superior al 65%,. En cuanto a actividades en estimación objetiva se computará el 75% del modulo de personal no asalariado, con un grado del 33% o superior, y del 40% el modulo de personal asalariado con una discapacidad igual o superior al 33%. El índice corrector por nueva actividad cuando el contribuyente sea una persona con

discapacidad con grado igual o superior al 33% los índices correctores serán del 60% el primer año de actividad, o del 70% si se trata del segundo año.

e) Ganancias y pérdidas patrimoniales: se contemplan en el art 33, ley IRPF, que considera que no existe ganancia patrimonial por aportaciones a los patrimonios protegidos constituidos a favor de personas con discapacidad. También se considera exenta la transmisión de la vivienda habitual de personas con dependencia severa o gran dependencia está exenta, de acuerdo con la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

f) Reducción por aportación de patrimonios protegidos de personas con discapacidad: de conformidad con la Ley 41/2003⁴⁶⁶, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, establece las medidas fiscales que favorezcan las aportaciones a título gratuito a los patrimonios protegidos a favor de las personas con discapacidad, siendo beneficiarios aquellas con una minusvalía psíquica igual o superior al 33% y las que tengan una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%. Tendrán derecho a la reducción las personas que lo tuvieran a su cargo en régimen de tutela o acogimiento, el cónyuge de la persona con discapacidad y las que tengan una relación de parentesco en línea directa o colateral hasta el tercer grado con la persona con discapacidad. Las

⁴⁶⁶ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, BOE núm 277, de 19 noviembre 2003.

aportaciones realizadas tendrán derecho a reducir la base imponible del aportante con el límite de 10.000 euros. El conjunto de las reducciones practicadas por diferentes personas a favor de un mismo patrimonio protegido, no podrán superar 24.250 euros anuales. Cuando por insuficiencia de la base imponible no sea posible efectuar las reducciones indicadas, éstas podrán hacerse en los cuatro años siguientes.

En cuanto al tratamiento fiscal que tienen las aportaciones recibidas por la persona con discapacidad, si son realizadas por personas físicas, tendrán la consideración de rentas de trabajo hasta un máximo de 10.000 euros anuales por cada aportante o 24.250 euros en su conjunto. Si los aportantes fueran personas jurídicas sujetas al Impuesto de Sociedades, tendrán la consideración de rentas de trabajo con el límite de 10.000 euros anuales que, además, es independiente de los límites anteriores. Cuando las aportaciones se realicen a favor de parientes, cónyuges o personas a cargo de los empleados del aportante, solo tendrán la consideración de rendimientos de trabajo para el titular del patrimonio protegido.

Estos rendimientos están exentos hasta un máximo anual de 3 veces el IPREM para 2010 o 22.365,42 euros.

Conviene añadir que todas las aportaciones que reciba el aportante y que tengan la consideración de rentas de trabajo, no están sujetas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

g) Planes de pensiones y otros sistemas de previsión social constituidos a favor de personas con discapacidad: Las aportaciones realizadas a Planes de Pensiones y otros sistemas de previsión social a favor de personas con discapacidad, darán derecho a reducciones de la base imponible en la cuantía anual máxima de 24.250 euros si el partícipe es una persona con discapacidad o de 10.000 euros cuando la aportación la realiza un pariente. No obstante la cuantía máxima anual conjunta que puede aportarse es de 24.250 euros. Cuando se trata de Seguros de Dependencia, solo cubren el riesgo de dependencia severa o gran dependencia a favor de personas afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33%, por aquellas afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65% o bien por personas que tengan una incapacidad declarada judicialmente, con independencia de su grado.

Las aportaciones que no pudieran reducirse por insuficiencia de la base imponible, podrán realizarse en los 4 ejercicios siguientes.

Cuando la persona con discapacidad movilice el Plan de Pensiones o el sistema de previsión social que hubiera constituido, las cantidades que reciba, prestaciones, tendrán la consideración de rentas de trabajo, que estarán exentas hasta un importe máximo de 3 veces el indicador público de renta de efectos múltiples, IPREM, o 22.365,42 euros, límite que se aplica conjuntamente con los rendimientos del trabajo derivados de las aportaciones a patrimonios protegidos de discapacitados.

h)Mínimo personal y familiar: Se establece con carácter general en 5.151 euros, que se incrementarán en 918 si el contribuyente tiene más de 65 años y adicionalmente en 1.122 euros si tiene más de 75 años. Si conviven con el contribuyente descendientes con discapacidad, por el primero habrá que añadir 1.836 euros, 2.040 por el segundo, 3.677 por el tercero y 4.182 por el cuarto y siguientes. Para poder aplicar estos mínimos, los descendientes deben tener una discapacidad igual o superior al 33% y no tener unos ingresos superiores a 8.000 euros año. Si los descendientes tuvieran menos de 3 años, se añadirán 2.244 euros. Si se trata de ascendientes con discapacidad, 918 euros por cada uno cualquiera que sea su edad.

i)Mínimo por discapacidad: Se trata del mínimo por discapacidad del contribuyente y del mínimo por discapacidad de ascendientes y descendientes: El mínimo por discapacidad del contribuyente es de 2.316 euros anuales cuando sea una persona con discapacidad y 7.038 cuando tenga un grado igual o superior al 65%, que se aumentarán en 2.326 euros si acredite necesitar ayuda de terceras personas o se tenga movilidad reducida o una minusvalía igual o superior al 65%.

El mínimo por discapacidad de ascendientes o descendientes será de 2.316 euros anuales cuando sea una persona con discapacidad y 7.038 euros cuando acredite un grado igual o superior al 65%. Estos mínimos se incrementarán en concepto de gastos de asistencia en 2.316 euros anuales

por cada ascendiente o descendiente que acredite necesitar ayuda o movilidad reducida o un grado igual o superior al 65%.

Para beneficiarse de estos mínimos los ascendientes y descendientes tienen que convivir con el contribuyente, considerando que conviven los que de él dependen aunque estén internados en centros especializados.

j)Deducción por adquisición de vivienda habitual: Se aplica la regla general, aunque esta deducción tiene un tramo estatal y otro autonómico. Como regla general se aplica el 7,5% con un límite de 9.015 euros de la inversión realizada en el año.

k)Deducción por adecuación de la vivienda habitual de personas con discapacidad: Podrán aplicarla aquellos contribuyentes con discapacidad que:

“efectúen obras e instalaciones de su vivienda habitual por razón de su propia discapacidad o la de su cónyuge, o un pariente en línea directa o colateral consanguínea o por afinidad, hasta el tercer grado inclusive siempre que convivan con él y siempre que la vivienda sea ocupada por cualesquiera de ellos a título de propietario, arrendatario, subarrendatario o usufructuario”.

La máxima cantidad deducible es de 12.020 euros, que es independiente de los 9.015 euros establecidos con carácter general para la adquisición de vivienda. Se requiere, para poder acceder a esta deducción, que las obras estén certificadas por el IMSERSO o entidad correspondiente de las

CCAA. El porcentaje estatal establecido es del 10% con el máximo indicado.

l) Impuesto sobre sucesiones y donaciones: La Ley 29/1987, de 18 de diciembre, que regula el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, contempla una reducción de la base imponible del impuesto, art 20.2.a), con el siguiente contenido:

“además de las que pudieran corresponder en función del grado de parentesco con el causante, una reducción de 47.858,59 euros a las personas que tengan la consideración legal de minusválidos, con un grado de discapacidad igual o superior al 33% e inferior al 65% (baremo art 148 LGSS); la reducción será de 150.253,03 euros para aquellas personas que, con arreglo a la normativa anterior, acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 65%” .

Como el impuesto ha sido cedido a las CCAA, éstas pueden modificar la ley en sus respectivos territorios, y así ha sido en aspectos relativos a patrimonio preexistente o coeficientes multiplicadores, tarifa del impuesto o reducciones de la base imponible, siendo de aplicación la ley estatal en ausencia de regulación autonómica.

m) Impuesto reducido del IVA: La Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, contempla en su art. 91.Dos, la aplicación del tipo reducido del 4%, para entregas, adquisiciones intracomunitarias o importaciones de productos y servicios que se indican a continuación:

El 91.Dos.1.4° se refiere a coches de minusválidos, proyectados y contruidos especialmente para el uso de una persona con alguna disfunción o incapacidad física, con una tara no superior a 300 Kg y una velocidad máxima en llano de 40 Km/h (según número 20 del anexo RDL 339/1990), y las sillas de ruedas para uso exclusivo de personas con minusvalía, así como los vehículos utilizados como autotaxis o autoturismos especiales para el transporte de personas con minusvalía en sillas de ruedas.

Para la aplicación de este tipo impositivo el grado de minusvalía debe ser igual o superior al 33%, y el adquirente debe justificar el destino del vehículo.

En el ordinal 1.5° se incluyen las prótesis, órtesis e implantes internos para personas con minusvalía.

En el ordinal 2, se incluyen los servicios de reparación de vehículos y sillas de ruedas de minusválidos, así como los de adaptación de autotaxis y autoturismos, del ordinal 1.4°.

En el apartado Tres) establece que también será de aplicación el tipo reducido del 4% a las ejecuciones de obra que sean prestaciones de servicios y tengan por objeto la obtención de los bienes contemplados anteriormente.

Conviene subrayar que la Administración Tributaria es muy exigente a la hora de admitir el tipo del 4% cuando no se ajusta exactamente a lo

establecido en la Ley, de tal forma que ha negado esta posibilidad a las obras de adaptación de vehículos de serie para ser conducidos por minusválidos o para adaptación de autobuses para el transporte de minusválidos, alegando que no eran de los incluidos en el art 91⁴⁶⁷.

No obstante, en casos en los que asista la duda puede aplicarse el IVA del 10%⁴⁶⁸ para las entregas, adquisiciones intracomunitarias o importación de bienes al amparo del art. 91Uno.1, entre ellos los del punto 6º:

“Los aparatos y complementos, incluidas las gafas graduadas y las lentillas que, por sus características objetivas, sean susceptibles de destinarse esencial o principalmente a suplir las deficiencias físicas del hombre o de los animales, incluidas las limitativas de su movilidad y comunicación.

Los equipos sanitarios, material, equipos o instrumental que, objetivamente considerados, solamente pueda utilizarse para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias del hombre o de los animales.

No se incluyen en este número los cosméticos ni los productos de higiene personal, a excepción de compresas, tampones y protegeslips.”

m) Impuesto especial sobre determinados medios de transporte: La ley 38/1992, de 28 de diciembre, que regula los impuestos especiales, establece en su art 65.1.a).5º, que no estarán sujetos al impuesto de primera matriculación los coches para minusválidos (300 Kg y 40 Km/h), a los que

⁴⁶⁷ José Manuel Sánchez-Cervera Senra y José Manuel Sánchez-Cervera Valdés, Los trabajadores discapacitados, Editorial Monografías CISS-PRAXIS, marzo 2000, pag 222.

⁴⁶⁸ Desde 1 enero de 2010, los tipos impositivos reducido, 7%, y normal, 16%, pasaron a ser del 8% y 18% respectivamente, en virtud de la Ley 26/2009, de 23 diciembre, de Presupuestos generales del Estado para 2010, BOE núm 309, de 24 diciembre 2009. Dichas modificaciones se aplicarían a partir del 1 de julio de 2010. Desde el 1/09/2012, el tipo del 8% para estos bienes se substituyó por el 10%, en virtud de RDLey 20/2012, de 13 julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomento de la competitividad, BOE num 168, 14 julio 2012,

se refiere el número 20 del RDL 339/1990 (a los que se aplica el IVA reducido del 4%). La aplicación de este supuesto no requiere reconocimiento previo por la AEAT.

Por otra parte, el art 66.1.d, señala que estará exenta del impuesto la primera matriculación definitiva de vehículos automóviles matriculados a nombre de minusválidos para su uso exclusivo, siempre que concurren los requisitos de haber transcurrido al menos cuatro años desde la matriculación de otro vehículo en análogas condiciones y que no sea objeto de una transmisión posterior por acto inter vivos durante los cuatro años siguientes a la primera matriculación. La exención de este impuesto estará sujeta a reconocimiento previo, a cuyos efectos se requiere solicitar su autorización a la Delegación o Administración Estatal de la Agencia Tributaria, de conformidad con los arts 135 al 137 del RD 1165/1995, de 7 de julio.

El tratamiento fiscal de las personas con discapacidad aporta transversalidad y coherencia. Podrán discutirse los términos cuantitativos, pero la política tributaria responde a una visión comprensiva del problema que debería extenderse a otros ámbitos de las políticas sobre discapacidad.

“la conducta desarrollada por los periodistas y la cadena de televisión constituía una intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la propia imagen del actor –no a la intimidad, porque no se habían facilitado datos de carácter personal e íntimo del demandante– “

Recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, entiende que:

“ En relación con el fondo, la Audiencia niega que se haya producido violación del derecho a la intimidad, como reclamaban los demandantes, pero confirma la vulneración de los derechos al honor y a la propia imagen, así como la inexistencia de un consentimiento expreso y válido como el requerido por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y añade que, siendo las características que presentaba el actor, y que habían quedado probadas en primera instancia en virtud de informe pericial y del

IV-PARTE CUARTA

LA TUTELA JURISDICCIONAL

IV.1- Desde los tribunales españoles

Para la elaboración de este capítulo, he tomado en consideración las sentencias emitidas por el Tribunal Supremo (Sala 4ª, de lo Social) y por el Tribunal Constitucional, que tienen su origen en reclamaciones contra discriminación por discapacidad en el empleo, en el periodo comprendido entre el 1/enero/2001 (vigente la Directiva 2000/78, de 27 noviembre) y el 31/12/2013, fecha de cierre⁴⁶⁹ de esta Tesis.

En un primer apartado repaso, brevemente, aspectos procesales para, seguidamente, introducirme en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina del Tribunal Constitucional.

Una primera constatación del análisis realizado es la escasa llegada de asuntos al Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional. Esto puede considerarse, en si mismo, un indicador de la baja tasa de ocupación de personas con discapacidad en el mercado laboral ordinario y, también, de la precariedad laboral en la que se encuentran⁴⁷⁰.

IV.1.1)-Aspectos constitucionales, jurídicos y procesales: La Constitución Española faculta a cualquier ciudadano, art 24.1CE para “*exigir tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”

⁴⁶⁹ En epígrafe I.3.1 de esta Tesis, establezco el periodo de toma en consideración de textos normativos y resoluciones jurisdiccionales

⁴⁷⁰ Mora González Vicente en “La no discriminación en el empleo de las personas con discapacidad” pp 289-302 en AA.VV 2002-2012: 10 años de legislación sobre discriminación de personas con discapacidad en el empleo, CERMI, Edor CINCA, 466pp, reflexiona sobre la falta de información en las estadísticas judiciales sobre demandas y resoluciones judiciales en materia de discriminación de personas con discapacidad en el empleo, conociendo la situación de trato discriminatorio de las personas con discapacidad en su trabajo, que afecta a su la estabilidad laboral.

que ampara el derecho a la igualdad de partes en el proceso⁴⁷¹ (SSTC 226/1988, 28 noviembre y 114/1989, de 22 junio por todas).

Igualmente cualquier ciudadano podrá solicitar a los tribunales ordinarios, y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, la restitución de los derechos fundamentales en ella contemplados, de conformidad con el mecanismo de protección reforzada establecido en el artículo 53.2 CE, basado en los principios de preferencia y sumariedad.

“Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo⁴⁷² ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

El art. 14 CE, ampara la igualdad ante la Ley y en la aplicación de la Ley y en el ámbito positivo, la LIONDAU⁴⁷³, artículo 3, último párrafo, estableció que:

“La garantía y efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación se regirá por lo establecido en esta Ley que tendrá carácter supletorio a lo dispuesto en la legislación específica de

⁴⁷¹ Gil Suárez Luis, Principio de Igualdad y tutela judicial efectiva, La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, colección Informes y Estudios Relaciones Laborales, 2005, pp 1035 a 1065

⁴⁷² En consecuencia la protección reforzada que brinda la Constitución Española incluye a los artículos 14 a 30.2 (objeción de conciencia)

⁴⁷³ Ley 51/2003, de 2 diciembre, de Igualdad de Oportunidades no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, BOE num 289, de 3 diciembre.

medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación”

Siguiendo con la LIONDAU, el artículo 18, bajo la denominación “*Tutela judicial y protección contra las represalias*”, introdujo un tratamiento adecuado para la protección de las personas con discapacidad ante cualquier violación del derecho, cuando todavía no se había traspuesto la Directiva 2000/78 CE, mediante la Ley 62/2003, de 30 diciembre, incluyendo el daño moral, la garantía de indemnidad y la obtención de las indemnizaciones adecuadas.

El TRLGDPD⁴⁷⁴ que absorbe, armoniza y sustituye a la regulación anterior, aporta claridad y contundencia. Ya no se trata de una regulación que “*tendrá carácter supletorio a lo dispuesto en la legislación específica de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación*” a la que se refería el art 3 de la LIONDAU. Se trata de regulación básica que deberá aplicarse de conformidad con el art 35.2 del TRLGDPD:

“La garantía y efectividad de los derechos a la igualdad de trato y de oportunidades de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en este capítulo y en su normativa en el acceso al empleo, así como en el acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y de despido, en la promoción profesional, la formación profesional y

⁴⁷⁴ Ley General de derechos las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada por el RD Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, BOE 289 de 3 diciembre 2013. Que deroga y armoniza las leyes 13/1982, 7 abril, 51/2003, de 2 diciembre y 49/2007, de 26 diciembre, según disposición derogatoria única del RD Legislativo 1/2013, de 29 noviembre.

ocupacional y continua, la formación para el empleo, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales o la incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta”

Y por si hubiera dudas, el nº 5, las despeja *“Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de discapacidad, en los ámbitos del empleo, en materia de retribuciones, de jornada y demás condiciones de trabajo.*

Sin olvidar la consideración del acoso, art 35.6, como acto discriminatorio. Los aspectos referentes a medidas de defensa y tutela judicial, se encuentran en los artículos 74 a 77, Cap II, Título II., que tienen su antecedente en los artículos 17 a 20 de la derogada LIONDAU, y corrigen un aspecto limitador del art 20.1 de ésta cuando decía *“..de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de graves indicios de discriminación directa o indirecta por razón de discapacidad....”* que ha sido modificado por el art 77.1 del TRLGDPD en el sentido de requerir a la parte actora que de sus alegaciones *“...se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por motivo o por razón de discapacidad...”* en consonancia con el art 96.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social⁴⁷⁵, LRJS que trata sobre atenuación de

⁴⁷⁵ Ley 36/2011, de 10 octubre, reguladora de la jurisdicción social, BOE de 11 octubre 2011, derogada y sustituye a la Ley de Procedimiento Laboral, LPL, da nueva redacción al Cap XI que denomina “De la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas”, arts 177 a 184. Respecto a la carga de la prueba

la carga de la prueba. Ya no se trata de “graves indicios”, sino de “indicios fundados”.

La LRJS, en el Título II, cap XI, arts 177 a 184, trata los aspectos procesales relativos a “*la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas*”, mediante la modalidad procesal específica del art 178.1 “*limitada al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública afectada, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza*”.

No obstante, cuando se ejerzan acciones bajo otra modalidad procesal en las que se entiendan vulnerados derechos fundamentales o libertades públicas se dará carácter preferente a aquellos procesos, acumulando en ellos las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, art. 184, LRJS.

Los aspectos relativos a la carga de la prueba⁴⁷⁶ en casos de discriminación y accidentes de trabajo, se incluyen en el art 96, apdo 1, con el siguiente alcance:

“En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o

sigue incluyéndola en el art 96, como en la LPL, pero con una redacción más precisa incluyendo en su alcance, apdo 2, a los accidentes de trabajo y la enfermedad profesional..

⁴⁷⁶ La atenuación de la carga de la prueba se extendió a la jurisdicción civil y contencioso-administrativa, por la ley 62/2003, art 36, “*en aquellos procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas respecto de las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección (sección 3ª medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo), corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*”.

identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”

Los indicios fundados no son conjeturas, suposiciones u opiniones, sino hechos de los que pueda inferirse una relación causal con la acción discriminatoria que se impugna, acción que la parte demandada, al objeto de destruir la presunción establecida por las alegaciones de la parte actora, deberá justificar de forma objetiva y razonable demostrando que obedece a motivos ajenos a todo propósito discriminatorio⁴⁷⁷. El indicio, como se encarga de decir la Sentencia del TC 30/2002, de 11 febrero, FJ.3, “*no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir la posibilidad de que ha podido producirse*” (ver, también SSTC 21/1992, 29/2002 de 11 febrero, 111/2003 de 16 de junio y 171/2003 de 29 de septiembre, por todas).

El tratamiento de las indemnizaciones resultantes del proceso, contemplado en el art 181 de la antigua LPL⁴⁷⁸, ha sido ampliado y mejorado en la

⁴⁷⁷ Respecto a las dificultades de la actividad probatoria en este tipo de procesos, “una conducta como la discriminación, de gran variedad práctica y conceptual, presenta notables dificultades de traducción fáctica: piénsese que puede consistir en acciones u omisiones; que puede llevar implícito un elemento comparativo en casos concretos de discriminaciones directas, en tanto que, en otros casos de discriminaciones veladas, lo único evidente será el resultado desfavorable...” Rodríguez Piñero, Manuel y Fernández López M^a Fernanda, en igualdad y discriminación, Tecnos 1986, Madrid pp 339.

⁴⁷⁸ RDL 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, BOE 11/04/1995. La LO 3/2007, de igualdad entre mujeres y hombres, propulsó una modificación del art 181 de la LPL para el tratamiento de las indemnizaciones del art 181.

LRJS⁴⁷⁹, art 183, exigiendo al juzgador un pronunciamiento claro respecto a la cuantía de las indemnizaciones por daño moral y otros daños y perjuicios que se hubieran producido, con el siguiente contenido literal:

“1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales.

4. Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social.”

IV.1.2) Tutela jurisdiccional del Tribunal Supremo: Pero vuelvo a la tutela

jurisdiccional. Examinados los recursos de casación interpuestos ante el

Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social⁴⁸⁰, en el periodo considerado⁴⁸¹,

llama la atención que solo el 1% tengan por objeto de casación una discriminación por discapacidad en el ámbito laboral.

⁴⁷⁹ Ley 36/2011, de 10 octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, BOE num 245 de 11 octubre.

⁴⁸⁰ Elaboración propia una vez analizadas las 148 sentencias del TS, Sala de lo Social, que figuran en el CENDOJ del CGPJ; palabras de búsqueda discriminación por discapacidad entre 14.694 emitidas por esta Sala durante el periodo considerado.

⁴⁸¹ Periodo considerado, como ya he indicado en otras ocasiones, se inicia en enero de 2001, año siguiente al de aprobación de la Directiva 2000/78 CE y como año final diciembre de 2013, el de cierre de esta Tesis.

¿Quiere ello decir que las controversias relativas a los derechos amparados por el art 14 CE en las relaciones laborales de las personas con discapacidad se resuelven en la instancia o en suplicación?

Me inclino a pensar que esta baja litigiosidad sea debida, sobre todo, a que la tasa de actividad⁴⁸² de las personas con discapacidad se sitúa alrededor de la mitad que la del resto de la población y que los empleos disponibles suelen ser poco cualificados, mal retribuidos y con bajas perspectivas de desarrollo profesional. Consideremos, además, que las personas con discapacidad que buscan un empleo suelen ser rechazadas⁴⁸³ debido a las barreras existentes (sociales, físicas, psicosociales y mentales) y no por su falta de capacidad y habilidades. Todo ello invita a pensar que la disposición de los trabajadores con discapacidad para iniciar un proceso judicial sea escasa.

Como señala un estudio sobre los problemas de integración laboral de las personas con discapacidad editado por la Fundación “la CAIXA” en 2003⁴⁸⁴, el 74,4% de las personas con discapacidad inactivas que buscan empleo remunerado responden que *“debido a la discapacidad sería muy difícil encontrar empleo”* y otras *“se han desanimado después de una búsqueda infructuosa o bien no saben dónde buscar un empleo adecuado a sus condiciones”*. Superar estas barreras deja huella, por lo que no debería

⁴⁸² CES, informe 4/2003 sobre situación de las personas con discapacidad en España, pp 118-128, Madrid, marzo 2004 pp 223.

⁴⁸³ José Manuel Sánchez- Cervera Senra, Los Trabajadores discapacitados, CISS-PRAXIS 2000, pag 58

⁴⁸⁴ “La inserción laboral de personas con discapacidades”, realizado por el colectivo Ioé, Colección Estudios Sociales nº 14, editado por Fundación “la CAIXA”, Barcelona, 2003.pp 193.

extrañar que las personas con discapacidad que trabajan, ante posibles situaciones discriminatorias no tengan el coraje de iniciar un proceso judicial por violación de derechos fundamentales.

Volviendo al marco jurisdiccional, de las 14.694 sentencias emitidas por la Sala 4ª, de lo social, del TS durante el periodo considerado (01/01/2001-31/12/2013) ciento cuarenta y ocho (148) tienen por objeto reclamaciones de discriminación por discapacidad de diversa naturaleza (despidos por enfermedad, grado de minusvalía, solicitud de prótesis, subrogación de personal, etc) y de ellas quince⁴⁸⁵ se refieren a conflictos de personas con discapacidad en el ámbito laboral (el 10,13%), siendo mayoría, catorce, (de 6223/2010 y ss, ver nota) los surgidos como consecuencia de subrogación de personal en empresas de servicios de limpieza por cambios en la titularidad contractual de la empresa prestadora de los mismos, y uno, 6801/2009, de 5 octubre 2009, tiene por objeto la impugnación de concurso de plazas en una administración pública por incluir la preceptiva reserva de plazas para personas con discapacidad.

Aunque situada fuera del ámbito laboral, no me resisto a comentar la STS del 19 enero 2010, que trae causa de una demanda por protección civil del

⁴⁸⁵ Información obtenida del CENDOJ del Consejo General del Poder Judicial siendo las sentencias de referencia 6.801/2009 (nº rec 82/2008), de 5 octubre; 6.223/2010 (nº rec 806/2010), de 21 octubre; 7.413/2011 (nº rec 4597/2010), de 7 octubre; 1.186/2012 (nº rec 1096/2011), de 7 febrero; 6.500/2012 (nº rec 3163/2011), de 4 octubre; 8.645/2012 (nº rec 3667/2011), de 9 octubre; 8.620/2012 (nº rec 4016/2011), de 10 octubre; 8.621/2012 (nº rec 3803/2011), de 10 octubre; 9.077/2012 (nº rec 3471/2011), de 10 octubre; 9.175/2012 (nº rec 750/2012), de 12 diciembre; 9086/2012 (nº rec 414/2012), de 18 diciembre; 1035/2013 (nº rec 3081/2011) de 20 febrero; 2060/2013 (rec 304/2012) de 9 abril; 2045/2013 (rec 710/2012) de 17 abril; 2448/2013 (rec 748/2012) de 22 abril.

derecho al honor interpuesta por un ciudadano con discapacidad, por el trato deshonroso que sufrió en un programa de TV. Interpuesta demanda ante el Juzgado de Instancia, este desestimo la protección solicitada, pero recurrida en suplicación, la Audiencia provincial estimo la anulación de la sentencia de instancia que recurrida en casación ante el TS fue estimada por éste. En el hecho d) de la sentencia del TS se recoge el argumento utilizado para casar la sentencia de la Audiencia; dice así “*en el fundamento jurídico se localiza el argumento esencial en torno al cual gira la estimación del recurso de casación: existe un consentimiento válido porque existe una presunción de capacidad mientras no se acredite una incapacidad, (el subrayado es mío) lo que en este proceso no se ha hecho*”⁴⁸⁶. Por lo demás, el Tribunal Supremo señala que la discapacidad del actor, cifrada en un 66 por 100, no es declarada por la instancia como hecho probado, “*sino que es una simple deducción de la documental del pleito, lo que unido al contexto jocoso del programa de emisión, desprovisto de agresividad difamatoria, conduce a estimar el recurso de casación formulado, pues si bien resulta poco ético la actuación y comportamiento del medio televisivo, y las personas físicas intervinientes, la misma no es reprobable desde el ámbito estrictamente jurídico, al no suponer socialmente en tal contexto un menoscabo a su fama, dignidad y propia estima*”. En fin, lamentable. Afortunadamente este fallo fue

⁴⁸⁶ Lamentablemente el TS, en esta Sentencia, sigue entendiendo la discapacidad desde un punto de vista médico. Solo eres persona con discapacidad si tienes el certificado correspondiente.

corregido por el TC en su sentencia 208/2013, de 16 diciembre a la que me referiré más adelante (V.1.3)

La Sentencia 6801/2009, de 5 octubre, resuelve la controversia planteada por el Sindicato Corriente Sindical de Izquierdas (recurso 82/2008) ante el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, solicitando que declarara la nulidad de la resolución del 6 de noviembre de 2007, de la Viceconsejería de Modernización y Recursos Humanos del Gobierno del Principado de Asturias por la que se convocaban pruebas selectivas para *“la provisión, en turno de promoción interna y régimen de contratación laboral por tiempo indefinido, de sesenta plazas de auxiliar de enfermería por el procedimiento de concurso oposición, al no incluir en la convocatoria la preceptiva reserva de plazas para personas afectadas de minusvalía”* siendo el fallo del TSJA estimatorio de la demanda declarando la nulidad de la resolución de 6 de noviembre por la que se convocaban las citadas pruebas selectivas, HECHO TERCERO, *“al haberse omitido en ella la obligada y preceptiva reserva de un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes anunciadas para ser cubiertas entre personal con discapacidad cuyo grado de minusvalía sea igual o superior al 33% condenando al organismo demandado a estar y pasar por este pronunciamiento y a los efectos que de él mismo se derivan”*.

Recurrida en casación por el Gobierno del Principado de Asturias, el Tribunal Supremo desestimo el recurso.

La parte recurrente alega como único motivo casacional, FJ PRIMERO, la infracción del art 59 de la ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, en adelante EBEP, en relación con el Real Decreto 2271/2004 y los arts 38.2 y 44.3 del Convenio Colectivo del personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias y sostiene, FJ SEGUNDO, que del examen de los preceptos citados *“se desprende que no existe una obligación de reserva de los puestos de trabajo para cada una de las convocatorias de promoción interna ni del turno libre siendo competencia de cada Administración pública la distribución del cupo general de reserva en sus distintas convocatorias, como se advierte en el caso del Principado de Asturias a partir de lo dispuesto en el apartado 5 de Acuerdo del Consejo de Gobierno de 29 de junio de 2006(BOPA del 13/07/2006). Alega también la parte recurrente que los artículos 38.2 y 44 del V Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias solo establece la reserva de plazas de discapacitados para las convocatorias de nuevo ingreso. Por otra parte sostiene el motivo que el Real Decreto 2271/2004, que extiende la reserva a las plazas de promoción interna no es aplicable a las Comunidades Autónomas y que tampoco puede aplicarse por la vía de la supletoriedad, conforme a la disposición adicional única”*.

Sin embargo el tribunal señala, FJ TERCERO, que *“tanto el acto administrativo de distribución como las convocatorias que lo desarrollan*

tienen que aplicar la reserva a las plazas de promoción interna, salvo que exista razón suficiente para excluirla” y continúa más adelante “en realidad, no ha habido distribución de la reserva si no exclusión pura y simple de ésta en las plazas de promoción interna para concentrar la totalidad del porcentaje en las plazas de nuevo ingreso” para concluir “La exclusión no puede justificarse por el efecto de de concentración, si no existe una razón adicional”

La Sentencia 6223/2010, de 21 octubre, (recurso 806/2010) por todas, trata sobre el subrogación del personal (que no son personas con discapacidad) de una empresa de limpieza (ACCIONA FACILITY SERVICES SA) cuando los servicios que presta, bajo el Convenio Colectivo de Limpieza de Oficinas y Locales, son adjudicados a otra empresa (DISWORK SL) constituida como Centro Especial de Empleo, y ésta se niega a incorporar al personal de la empresa anterior (cuatro trabajadoras) en su plantilla alegando que se rige por el convenio colectivo de Centros de Asistencia, Atención, Diagnóstico, Rehabilitación y Promoción de Personas con Discapacidad, que no obliga a la subrogación pretendida porque su personal debe de estar compuesto, al menos en el 70%, por personas con discapacidad. Además argumenta que si se obligara a su empresa a admitir a las trabajadoras sin discapacidad de la empresa saliente, se estaría incurriendo en discriminación indirecta para el personal de la empresa entrante, al ser esta un CEE.

Según el HECHO PRIMERO las trabajadoras de la empresa saliente, ACCIONA FACILITY SERVICES SA, fueron despedidas y no admitidas por la empresa entrante, reclamaron por despido en la instancia, que estimó sus pretensiones, condenando a la empresa saliente. La empresa saliente, HECHO SEGUNDO, presentó el oportuno recurso de suplicación ante el TSJ de Cataluña, que fue estimado y condenó a la empresa entrante, DISWORK SL en los mismos términos que establecía la sentencia recurrida.

El TS en su FJPRIMERO, recoge los fundamentos de la sentencia de suplicación señalando que, cuando un CEE trabaja en un ámbito amparado por un convenio determinado, en este caso Convenio colectivo de limpieza de oficinas y despachos de la provincia de Barcelona, debe estar a lo indicado en este convenio *“al entender que si la empresa que es Centro Especial de Empleo concurre a una contrata en la que la actividad es otra diferente de la de su convenio, entonces está incluyendo su actividad en un ámbito distinto al que le es propio y deberá estar a las normas de dicho ámbito”* y en el caso que nos ocupa el convenio de limpieza contempla la subrogación del personal de la empresa saliente en la entrante. La recurrente incluye entre sus argumentos que, de verse obligada a aplicar el convenio de limpieza, se produciría una discriminación indirecta de los trabajadores con discapacidad del CEE.

El FJTERCERO, señala que *“la argumentación de la censura jurídica que se formula puede ser resumida en dos aspectos básicos, el primero es el del carácter no dispositivo de los Convenios Colectivos que impediría aplicar en este caso el vigente en el ámbito de la limpieza de edificios y locales públicos, en detrimento del Convenio Colectivo provincial que rige a los centros especiales de trabajadores disminuidos físicos y/o sensoriales de Cataluña para el año 2005, y el segundo en que tanto el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores como el artículo 65 del Convenio Colectivo de limpieza de Edificios y Locales públicos, actuarían como normas causantes de discriminación indirecta al perjudicar su aplicación, en este caso, la integración de los minusválidos, contemplada en las normas⁴⁸⁷ que se citan como infringidas”*

Y como el ámbito de aplicación de los Convenios Colectivos no es dispositivo, como bien señala la recurrente, no puede pretender seguir aplicando el de los Centros Especiales de Empleo en lugar del de empresas dedicadas a la limpieza de edificios y locales de Barcelona, pues este convenio, artículo 2, se aplica a la totalidad de empresas y trabajadores que se dediquen a la actividad de limpieza, cuando, por otra parte, el Convenio

⁴⁸⁷ FJSEGUNDO : “artículos 82.3 y 84 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 37 y 38 de la Ley 13/192, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos, artículos 17-1º del Estatuto de los Trabajadores y 37, 38-2 y 42 de la Ley citada y del artículo 1 del Real Decreto 2273/1985 de 4 dic que regula los centros Especiales de Minusválidos, del artículo 6-2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de Oportunidades, no discriminación y accesibilidad Universal de las personas con discapacidad, artículo 2 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 noviembre y de los artículos 9.12, 14, 35 y 49 de la Constitución Española, del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2002 y de los artículos 41 y 42 de la ley 13/1982, de 7 abril, del artículo 12 del Real decreto 2273/1985, de 4 diciembre, antes citado y del artículo 2 del Real Decreto 1385/1985 de 17 julio en relación con el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores”.

Colectivo de centros de trabajadores disminuidos físicos y sensoriales de Cataluña, cuando define el Centro Especial de trabajo como *“aquella empresa cualquiera que sea su forma jurídicaque tiene por objeto principal asegurar una ocupación remuneradaa favor de personas afectadas por una discapacidad.....realizando para ello cualquier trabajo productivo y participando regularmente en las operaciones de mercado en concurrencia con otras empresas.....con objeto de participar en un proyecto sostenible en igualdad de condiciones con las otras empresas que operen en el mercado.....potenciando a tal fin su adaptación a las exigencias actuales de competitividad como entes empresariales flexibles, capaces de integrar a personas con discapacidad o sin ella”* Luego la empresa recurrente tiene la obligación de participar en las mismas condiciones que las otras empresas pudiendo integrar a personas con discapacidad o sin ella y no existe en la norma una discriminación positiva a favor de los Centros Especiales de Empleo, ni prohibición expresa para que puedan incorporar personas sin discapacidad.

Y el FJ CUARTO señala que *“el segundo aspecto abordado por la recurrente es el que se refiere a la discriminación indirecta que, a su juicio, supone la aplicación de los artículos 44 del Estatuto de los Trabajadores y 65 del Convenio Colectivo de limpieza de locales y edificios públicos para la provincia de Barcelona”* para concluir, una vez recorrido el conjunto normativo citado y la doctrina del TC, que *“en modo*

alguno los artículos 44 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 65 del citado Convenio Colectivo de limpieza tienen un impacto adverso dado que ningún trabajador de la recurrente es objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable”

En consecuencia, cuando los CEE realizan servicios en un sector de actividad determinado, tienen que estar a lo indicado en el convenio colectivo de dicho sector y, en este caso, el Convenio Colectivo de Limpieza de Oficinas y Despachos obliga a la subrogación del personal de la empresa saliente. De la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y del 65 del Convenio Colectivo de limpieza aplicable, tampoco se deduce conducta que permita aseverar una discriminación indirecta como la alegada por la recurrente.

Todos los recursos de casación presentados por cuestiones relativas a subrogación de personal el TS los resuelve con la misma argumentación, sea la empresa saliente un Centro Especial de Empleo y la entrante de trabajo ordinario, o viceversa, señalando que la subrogación debe aplicarse de conformidad con lo establecido en los Convenios Colectivos del sector aplicable (de limpieza en estos casos) con independencia de que la empresa sea un CEE o no, sin que esta consideración suponga discriminación alguna.

IV.1.3)- La jurisprudencia constitucional: Durante el periodo comprendido en el presente estudio, el Tribunal Constitucional ha emitido 3.158 sentencias sobre recursos de amparo. De ellas solo once⁴⁸⁸ (un 0,35% de las emitidas) son relativas a “discriminación y discapacidad”.

Una vez revisadas todas ellas, solo las sentencias 253/2004 de 22 diciembre, 41/2006 de 13 febrero, 3/2007, de 15 enero, y 62/2008 de 26 de mayo, tratan sobre despidos considerados discriminatorios en el ámbito laboral, aunque no por razón de discapacidad sino por razón de sexo las dos primeras (253/2004 y 41/2006), reducción de jornada por guarda de menor la tercera (3/2007) y despido por motivo de enfermedad la STC 62/2008⁴⁸⁹, de 26 de mayo. Esta última, por su indudable interés, la comentaré más adelante.

A ellas añadiré la sentencia 208/2013, de 16 de diciembre, relativa a un recurso de amparo (tras la STS del 19 enero 2010, a la que hago mención en V.1.1, que trae causa de una demanda por protección civil del derecho al honor interpuesta por un ciudadano con discapacidad) por el trato deshonroso que sufrió una persona con discapacidad en un programa de TV que, sin pertenecer al ámbito laboral, merece comentarse por el contenido de sus fundamentos jurídicos en relación con la discapacidad.

⁴⁸⁸ Buscador de jurisprudencia Tribunal Constitucional, palabras de búsqueda “discriminación y discapacidad” STC 253/2004 de 27 diciembre, 41/2006 de 13 febrero, 3/2007 de 15 enero, 12/2008 de 29 enero, 62/2008 de 26 mayo, 176/2008 de 22 diciembre, 74/2011, de 19 mayo, 173/2012 de 15 octubre, 189/2012 de 29 octubre, 214/2012 de 14 noviembre, 208/2013 de 16 de diciembre.

En el ANEXO I RESUMEN DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL se incluye el texto íntegro de las citadas sentencias.

⁴⁸⁹ BOE num 154 de 26 junio 2008

Visto el escaso número de sentencias emitidas en el periodo considerado, a título prospectivo, he ampliado el periodo de búsqueda revisando las emitidas por el TC desde 01/01/1980 hasta el 31/12/2000, y solamente una sentencia, 269/94⁴⁹⁰, de 3 octubre, trata un conflicto discriminatorio como consecuencia de la reserva de plazas para personas con discapacidad en el acceso a la función pública.

Que la búsqueda de sentencias del Tribunal Constitucional, realizada desde 01/01/1980 hasta el 31/12/2013 (33 años), con las palabras “discriminación y discapacidad” arroje solo doce (11+1) asuntos, de los cuales cinco (5) responden a discriminación en el ámbito laboral, resulta francamente decepcionante⁴⁹¹.

Podría entenderse que, a partir de la Ley Orgánica 6/2007⁴⁹², de 24 mayo, de reforma de la Ley Orgánica del TC, que introdujo la dimensión objetiva del recurso mediante el requisito de “*especial relevancia constitucional*”, del art 50.1, el filtrado al que serían sometidos los recursos de amparo daría como resultado un adelgazamiento del flujo de admisión, pero, aún siendo así, los asuntos que llegaban y llegan al Tribunal Constitucional, por esta materia, son escasos.

Me referiré, pues, a las sentencias 269/94, de 3 de octubre y 62/2008, de 26 de mayo, y haré un breve comentario de la sentencia 208/2013, de 16

⁴⁹⁰ BOE 267, de 8 noviembre 1994

⁴⁹¹ En el mismo periodo utilizando las palabras de búsqueda “discriminación y sexo” se obtienen 211 resultados.

⁴⁹² Ley Orgánica 6/2007, 24 mayo, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, BOE num 125, 25 mayo 2007.

diciembre, que, aunque se sitúa fuera del ámbito laboral objeto de esta Tesis, contiene ciertas expresiones del alto tribunal, relativas a la situación de discapacidad de la parte actora, que merecen un comentario.

La sentencia TC 269/94, de 3 de octubre, resuelve un recurso de amparo por supuesta vulneración del derecho a acceder en condiciones de igualdad al empleo público, al ser elegida una concursante con discapacidad que, aunque obtuvo una puntuación inferior a la de la solicitante de amparo, resulto elegida dentro del cupo reservado para personas con discapacidad.

El concurso en cuestión disponía una reserva de seis plazas para personas afectadas por una discapacidad igual o superior al 33 por ciento, física, psíquica o sensorial, siempre que superasen las pruebas selectivas en igualdad de condiciones con los demás aspirantes. Estas plazas acrecerían a las de turno libre si no se cubrían por personas que reunieran las condiciones requeridas y que, para ser asignadas, se seguiría el orden de puntuación resultante de la suma de la calificación obtenida en la fase de oposición y en la de concurso.

En el FJ 3 se dice:

“la queja de la actora queda centrada en la posible irracionalidad de una diferencia de trato que, al margen de los principios de igualdad en el acceso a la función pública en atención al mérito y la capacidad acreditados, se basa en una condición de la persona (su discapacidad) que ponía en peor situación a aquellas otras que, aun habiendo obtenido puntuaciones superiores, no se hallaban afectadas por discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales”.

El FJ 4, expone que:

“en la demanda de amparo subyace una doble imputación frente a las resoluciones impugnadas: de una parte, el criterio seguido ha introducido una diferencia de trato discriminatoria, por favorecerse a unos aspirantes frente a otros por razón de una condición personal concurrente en unos y no en otros. De otra parte y, aun suponiendo que el criterio elegido no fuera discriminatorio, se vulnerarían los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública de los resultados obtenidos (art 23.2 CE)”.

Y sigue:

“La primera de las imputaciones no puede ser aceptada. La discriminación, tal como es prohibida por el art 14 CE, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquéllos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana.”

Concluye el FJ 4, señalando que:

“es claro que la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo, no vulnera el art. 14 CE, siendo por tanto perfectamente legítimo desde la perspectiva que ahora interesa, y que además constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 CE, en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art 1.1 CE).”

El otro motivo del recurso de amparo lo constituye la vulneración del art.23.2 CE que afirma el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. El FJ 5 señala:

“el referido precepto no priva al legislador de un amplio margen de libertad en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en consideración, pero establece límites positivos y negativos a dicha libertad que resultan infranqueables. En positivo, se obliga al legislador a implantar requisitos de acceso a la función pública que establecidos en términos de igualdad, respondan única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad (SSTC 185/1994, 293/1993, 353/1993 y 363/1993, entre otras) y, como consecuencia, desde una perspectiva negativa, se proscribe que dicha regulación de las condiciones de acceso a la función pública, se haga en términos concretos e individualizados, que equivalgan a una verdadera y propia acepción de personas (STC 184/1994, FJ 4º y las que en ella se citan).”

Y concluye el FJ 5 afirmando que, en el caso, se cumplieron todas y cada una de las exigencias requeridas:

“Los candidatos que podían optar a las plazas reservadas no fueron eximidos de acreditar su aptitud, superando las pruebas, y, sobre esta base común, el acceso de éstos a las plazas tuvo lugar por riguroso orden de puntuación. Con esta comprobación basta para entender respetadas, en consecuencia, las exigencias del art. 23.2 CE, debiendo desestimar el recurso de amparo.”

La sentencia del Tribunal Constitucional 62/2008⁴⁹³, de 26 mayo, trata sobre el despido de un trabajador debido a sus faltas al trabajo por incapacidad, motivada por lesión en sus vertebrales cervicales, dolencia que venía padeciendo antes de incorporarse a la empresa de la que fue despedido y de la que ésta no tenía conocimiento. El trabajador presento

⁴⁹³ STC 62/2008, de 26 mayo, BOE num 154 suplemento, de 26 junio 2008. A esta sentencia me he referido sucintamente en el cap II.1

demanda de despido ante el Juzgado de lo Social nº 35, de Madrid, solicitando la nulidad del mismo o subsidiariamente su improcedencia. La sentencia del Juzgado de lo Social desestimó la nulidad y estimó la improcedencia, entendiendo, con cita de la STS de 29 de enero de 2001, *“que la enfermedad desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo no sea rentable para la empresa, no puede considerarse un factor discriminatorio con la perspectiva del artículo 14CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación”*.

El trabajador recurrió en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia que dictó sentencia desestimando el recurso, al entender que no se daban las condiciones para incluir el despido del trabajador por enfermedad dentro de las circunstancias personales y sociales que prevé el art 14 CE.

El proceso judicial se cerró con Auto del Tribunal Supremo, de 14 de abril de 2005, que inadmitió el sucesivo recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de contradicción.

El demandante recurrió en amparo ante el tribunal Constitucional alegando que la empresa había “vulnerado el derecho fundamental a la no discriminación por circunstancias personales ante las que debe hallarse el estado de salud del trabajador” y que de, conformidad con el artículo 14 CE, su despido debería calificarse como nulo.

El TC en el FJ.4, fija el objeto o fondo del recurso *“La cuestión que constituye el objeto de nuestro análisis se centra, por tanto, en determinar si un despido motivado por dolencias físicas del trabajador debe ser declarado nulo por discriminatorio”*.

En el FJ 7, el Ministerio Fiscal expuso lo siguiente:

“Admitiendo que ni la enfermedad ni la incapacidad permanente pueden constituirse en factores de discriminación prohibidos por el art 14CE, apunta, sin embargo, la existencia de una categoría intermedia-un tertium genus- caracterizado por una suerte de disfuncionalidad periódica con base en una patología facilitadora de la cíclica aparición de la enfermedad, sin que esta, no obstante, llegue a poseer un carácter definitivamente invalidante.....Y entiende que cabría identificar la existencia de un grupo social situado en una posición equidistante entre la genérica enfermedad y la discapacidad, con características personales determinadas y de las que no participa en resto de la sociedad, que, en razón de sus limitaciones, se vería progresivamente abocado a su expulsión del mercado de trabajo, sin obtener la protección de la Seguridad Social al no ser sus dolencias susceptibles de clasificarse como incapacitantes lo que permitiría afirmar la concurrencia de los requisitos necesarios para apreciar la existencia de una situación de discriminación”

Pero el TC no acepta el argumento del MF:

“en primer lugar, porque no hay constancia suficiente en los hechos probados de la existencia de esa pretendida disfuncionalidad periódica con base en una patología facilitadora de la cíclica aparición de la enfermedad, ni, en su caso, de cual fuera su relevancia en orden a la decisión de despido” y “en segundo lugar, la caracterización que el Ministerio Fiscal efectúa de esa pretendida categoría intermedia de personas de

características determinadas de las que no participa el resto de la sociedad carece de la identidad y concreción que requeriría la apreciación de la concurrencia de un factor de discriminación, toda vez que la realidad descrita no conforma una categoría homogénea, sino una situación que puede adoptar múltiples manifestaciones y responder a causas igualmente muy diferentes, no siendo posible, como ya hemos señalado, extender el concepto de discriminación hasta límites de hacerlo coincidir con el principio genérico de igualdad” (los subrayados son míos)

La línea argumental seguida en este caso por el Ministerio Fiscal, aunque timorata, conecta con una opinión emergente⁴⁹⁴ en el espacio jurídico de la discapacidad. Así la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que estimó el recurso de suplicación contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Sabadell que había estimado como improcedente el despido de una trabajadora que estaba de baja por infarto de miocardio, y calificó el despido como nulo por discriminatorio, que fue casada por sentencia del Tribunal Supremo de 12 julio de 2004 (ROJ 5017/2004) considerando que la enfermedad, como reitera la jurisprudencia⁴⁹⁵, no puede encuadrarse dentro del segundo supuesto del artículo 14 CE y consecuentemente calificó el despido como improcedente.

⁴⁹⁴ Ver a Ruiz Castillo, María del Mar, “Igualdad y discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad”, Ed Bomarzo, Albacete, 2010, pp 194.(ver páginas 45 a 79, para una crítica relativa a esta materia)

Ver también las propuestas incluidas en V-2 de la presente Tesis

⁴⁹⁵ Entre otras SSTs ROJ 502/2001 de 29/01/2001; 6065/2002 de 23/09/2002

La interpretación restrictiva que realizan el TS y el TC del art 14 CE⁴⁹⁶, en mi opinión, requeriría una adaptación para que, en casos como el indicado o similares, considerara a la enfermedad como una discriminación por discapacidad, adaptación que ya se está produciendo, aunque con cierta timidez, en el ordenamiento positivo⁴⁹⁷ y por supuesto la opinión de algunos Juzgados de Instancia. Véase, si no, la prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, ante el TJUE, caso C13/05 preguntando por la consideración como discapacidad de ciertos tipos de enfermedades, a la que me refiero más adelante⁴⁹⁸.

En una dirección parecida la Equality Act 2010⁴⁹⁹ inglesa, que remplacea y actualiza los contenidos de la DDA, incluye por primera vez a personas con VIH, cáncer y esclerosis múltiple como factores de discriminación.

Vuelvo a la sentencia del TC 208/2013, de 16 de diciembre, a la que me refería al inicio de este epígrafe, porque refleja la indefensión en la que se encuentran las personas con discapacidad, que tienen que pugnar duramente para que sus derechos constitucionales sean respetados.

⁴⁹⁶ Artículo 14 CE “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (el subrayado es mío)

⁴⁹⁷ Art 7.1 Ley 13/1982 “*se entenderá por minusválido toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales*”. Y art 4.1 Texto Refundido LGDPCD “*Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*”

⁴⁹⁸ Ver apdo IV2.1 de esta Tesis

⁴⁹⁹ Ver epígrafe Cap II.2.3.2 d) de esta Tesis

Los hechos se remontan al 16 de octubre de 2002 y la sentencia del TC, dando la razón a los demandantes de protección, se produce el 16 de diciembre de 2013.

Todo empieza con la interposición de una demanda efectuada por la representación procesal de don J.H.M., doña M.C.A.J. y don J.C.H.A., ante el Juzgado de Primera Instancia de Arona, sobre:

“protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen contra la entidad Gestevisión Telecinco, S.A., don Francisco Javier Sardá Tamaro y don Javier Cárdenas Pérez, estos dos últimos director y colaborador del programa «Crónicas marcianas», respectivamente. Uno de los actores, don J.C.H.A., tenía reconocida una discapacidad física y psíquica cifrada en el 66 por 100, si bien carecía de una declaración judicial de incapacidad. Los otros dos actores eran sus padres que interponían la demanda en defensa de los derechos de su hijo”.

El Juzgado, que apreció la falta de legitimación activa de los padres del demandante J.C.H.A, porque éste carecía de una declaración judicial de incapaz, estimo parcialmente la demanda y condena a los demandados porm intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la propia imagen, pero no a la intimidad porque no se habían facilitado datos de carácter personal del demandado.

Los demandados presentan recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que confirma la de instancia.

Los demandados interpusieron recurso de casación y la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de enero de 2010, estimó el recurso

y casó la Sentencia de apelación, desestimando la demanda. En su FJ 3º expresa el argumento esencial en torno al cual gira la estimación del recurso de casación:

“existe un consentimiento válido porque existe una presunción de capacidad mientras no se acredite una incapacidad, lo que en este proceso no se ha hecho. Por lo demás, el Tribunal Supremo señala que la discapacidad del actor, cifrada en un 66 por 100, no es declarada por la instancia como hecho probado, sino que es una simple deducción de la documental del pleito, lo que unido al contexto jocoso del programa de emisión, desprovisto de agresividad difamatoria, conduce a estimar el recurso de casación formulado, «pues si bien resulta poco ético la actuación y comportamiento del medio televisivo, y las personas físicas intervinientes, la misma no es reprobable desde el ámbito estrictamente jurídico, al no suponer socialmente en tal contexto un menoscabo a su fama, dignidad y propia estima”

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010, *“estimatoria de un recurso de casación, que declara la prevalencia del derecho a la información y desestima la demanda por vulneración del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen estimada en instancia y apelación. También se impugna el Auto de 10 de enero de 2011, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido igualmente por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia reseñada.*

El Ministerio Fiscal imputa a las resoluciones judiciales del Tribunal Supremo que resuelven el recurso de casación y el incidente de nulidad de

actuaciones, por la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con los derechos fundamentales al honor y a la propia imagen (art. 18.1 CE)”

Entrando en los razonamientos del TC en relación con el amparo solicitado por el MF por la vulneración del derecho al honor y a la propia imagen de don J.C.H.A, persona con discapacidad física y psíquica, que acude a un plató de televisión en el que bajo la cobertura del derecho a la información y alegando un consentimiento inexistente, es sometido a burla y a ridicularización, recojo los que a, efecto de esta Tesis, me parecen dignos de destacar.

Así, en FJ 5

“descritos los hechos como han sido expuestos, no cabe sino concluir en que la información y la actividad desarrollada en el programa «Crónicas marcianas» con don J.C.H.A. carece, desde cualquier perspectiva, del interés público y la relevancia pública necesaria para que esté cubierta por el ejercicio de esa libertad por profesionales de la información y, muy al contrario, resulta una clara intromisión y abuso de sus derechos fundamentales al honor y a la propia imagen. Y es que, en efecto, la entrevista realizada por don Javier Cárdenas al señor H., posteriormente emitida en el referido programa, y reflejada también en su página web, no sólo carecía de valor informativo alguno, sino que, además, fue realizada únicamente con propósito burlesco, para ridiculizar al entrevistado, poniendo de relieve sus signos evidentes de discapacidad física y psíquica, animus iocandi que fue advertido tanto en la Sentencia de primera instancia como en la dictada en apelación, e incluso en la recaída en casación, que consideró poco ética la actuación del medio televisivo.

Por otra parte, es un elemento relevante en este caso la condición de discapacitado físico y psíquico de la persona afectada por la realización y posterior emisión de la entrevista, que presenta, según refieren las Sentencias de primera instancia y apelación, con mención de la prueba pericial, una discapacidad apreciable a simple vista, incluso por un profano en la materia. Ello nos lleva a recordar no sólo el dato ya reseñado de que los derechos afectados contribuyen a preservar la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), que aquí se ha visto especialmente afectada, sino, además, a la necesidad de conectar los derechos fundamentales concernidos con los principios rectores consagrados en la Constitución, operación que ha realizado este Tribunal para reforzar el canon del art. 24.1 CE en cuanto a la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales por el solo hecho de estar comprometido en el asunto algún principio rector de los enunciados en la Constitución (STC 95/2000, de 10 abril, FJ 5), proyección efectuada, igualmente, en relación con los derechos fundamentales sustantivos, como es el caso del art. 14 CE (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8). Pues bien, en atención a las circunstancias concurrentes en este caso, los derechos consagrados en el art. 18.1 que han sido invocados en la demanda han de ser puestos en conexión con el art. 49 CE, que contiene un mandato de protección de las personas con discapacidad, al establecer que «[l]os poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos». Y dicho mandato debe conducir a impedir que se lleven a cabo actuaciones como la aquí descrita sobre personas afectadas de cualquier tipo de discapacidad, frente a cuyos derechos al honor y a la propia imagen no cabe oponer en este caso el amparo del derecho a la información; derecho que, recordémoslo, es un

logro del Estado democrático, y se le otorga un superior valor en la medida en que «al contribuir a la formación de una opinión pública libre y plural, supone uno de los elementos esenciales del Estado de derecho y contribuye a la plena realización del conjunto de derechos fundamentales» (STC 15/1993, de 18 de enero, FJ 1), por lo que ese derecho resulta denigrado cuando es empleado torticeramente para amparar bajo su cobertura conductas como las aquí examinadas”.

Y en el FJ6º:

“Precisada la anterior cuestión, hemos de centrarnos ahora en el otro aspecto que se nos suscita, esto es, si puede entenderse otorgado el consentimiento por el propio afectado, excluyendo así la vulneración de sus derechos al honor y a la propia imagen como consecuencia de la realización y posterior emisión de la entrevista por don Javier Cárdenas. Pues bien, en este punto hemos de advertir que, cuando se trata, como en el presente caso sucede, de personas con discapacidad, es preciso tener en cuenta que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, derivada de lo dispuesto en el ya mencionado art. 49 CE, en aras a proteger el interés de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que los poderes públicos ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que el título I otorga a todos los ciudadanos. En esta dirección, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece diversas prescripciones a tener en cuenta en el caso que nos ocupa. En primer término, el art. 1.3 declara que tales derechos son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles, siendo así que la renuncia a la protección prevista en la Ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de consentimiento previstos en el art. 2. Por su parte, el art. 2 en su apartado 2, dispone que no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiere

otorgado al efecto su consentimiento expreso, si bien precisa en el art. 3.1 que el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. El debate se enmarca pues en la configuración del derecho realizada por el legislador, si bien hay que advertir que éste, lejos de proporcionar algún tipo de definición de los derechos que regula, se limita a establecer su protección civil. No obstante, ello no impide a este Tribunal examinar aquellas posibles lesiones de la legalidad, que justamente han concretado el precepto constitucional y que, por el hecho de ser una legalidad delimitadora del mismo, su infracción determina también la del propio derecho”

La Sentencia subraya el mandato que hace el art.49CE a los poderes públicos para el amparo de las personas con discapacidad, en el disfrute de los derechos que figuran en el Título I de la CE⁵⁰⁰ *“cuando se trata, como en el presente caso sucede, de personas con discapacidad, es preciso tener en cuenta que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, derivada de lo dispuesto en el ya mencionado art. 49 CE, en aras a proteger el interés de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que los poderes públicos ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I otorga a todos los ciudadanos”*.

El Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo interpuesto por el Ministerio Fiscal, reconoce los derechos al honor y a la propia imagen de J.C.H.A, declarando la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

⁵⁰⁰ Título I “De los derechos y libertades fundamentales”, artículos 10 al 55.

IV.2- Desde los Tribunales europeos: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, tiene como misión *“interpretar el Derecho de la UE para garantizar que se aplica de la misma forma en todos los países miembros”* y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, creado para luchar contra las *“violaciones de los derechos civiles y políticos enunciados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”*, tienen competencia supranacional.

La jurisprudencia y la doctrina emanadas de estos tribunales, constituyen una fuente jurisprudencial obligada para la aplicación del derecho interno.

IV.2.1) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Los documentos del TJUE⁵⁰¹ visionados han sido 1.316 correspondientes a 809 casos que, una vez revisadas concordancias y conexión con las palabras de búsqueda, por su identidad con situaciones pretendidamente discriminatorias por discapacidad en el empleo, han quedado reducidos a los siguientes: C13/05, C303/06, C335/11, C337/11.

Durante la corrección final del texto de esta Tesis, como ya he comentado anteriormente, el TJUE, asunto C354/13 Karsten Kaltoft/ Kommunernes Landsforening, ha determinado que la obesidad, que impide a la persona participar plena y efectivamente en la vida profesional, puede considerarse

⁵⁰¹ La búsqueda de jurisprudencia del TJUE, se ha realizado mediante www.curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es, utilizando los siguientes parámetros de búsqueda; Tribunales: todos; Documentos: todos; Palabras de texto: directiva 2000/78, discapacidad y empleo, discriminación y empleo; Periodo o fecha: 01/01/2001 hasta 31/12/2013 (considerando que la directiva 2000/78 se aprueba el 21/11/2000)

como discapacidad y, aunque fuera del periodo de cierre considerado, por su indudable interés, he decidido comentarla brevemente.

En el caso C13/05⁵⁰², Chacón Navas vs Eurest Colectividades SA, el tribunal trata una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid que, en relación con demanda de nulidad del despido de la Sra Chacón Navas⁵⁰³ con motivo de encontrarse en baja laboral por enfermedad, en párrafo 22 *“pone de relieve que existe una relación de causalidad entre enfermedad y discapacidad”* *“porque la enfermedad puede producir deficiencias que discapaciten al individuo”* y plantea dos preguntas al Tribunal de Justicia (párrafo 25):

“1) La Directiva 2000/78, en tanto que en su artículo 1 establece un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad, incluye dentro de su ámbito protector a una trabajadora que ha sido despedida de su empresa exclusivamente por razón de encontrarse enferma?

2) Subsidiariamente y para el supuesto de que se considerara que las situaciones de enfermedad no encajan dentro del marco protector de la Directiva 2000/78 dispensa contra la discriminación contra motivos de discapacidad y la primera pregunta fuera respondida negativamente ¿se puede considerar a la enfermedad como una señal identitaria adicional frente a las que proscriben discriminación la Directiva 2000/78?”

El Tribunal de Justicia entiende, párrafo 43, que *“La finalidad de la Directiva 2000/78 es combatir determinados tipos de discriminación en el*

⁵⁰² InfoCuriaJurisprudencia del Tribunal de Justicia Unión Europea (Gran Sala) Sentencia Asunto C-13/05 del 11 julio 2006, www.curia.europa.eu : Ver fallo en Diario Oficial de la Unión Europea DOUE C 224 de 16/09/2006 y cuestiones planteadas en DO C 69 de 19/03/2005.

⁵⁰³ Sobre este asunto Cabeza Pereiro Jaime “La discriminación por discapacidad: El caso Chacón Navas, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, N 102, 2013, pp 299-318.

ámbito del empleo y de la ocupación. En este contexto, debe entenderse que el concepto de discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”.

Y en el párrafo 44 *“Ahora bien, al utilizar en el artículo 1 de la mencionada Directiva el concepto de discapacidad, el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de enfermedad. Así pues, es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos”.*

Razona el TJUE, párrafo 45, que la importancia que otorga la Directiva a las medidas de adaptación del puesto de trabajo, a las necesidades de las personas con discapacidad *“demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo periodo”.*

En cuanto a la segunda cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional español, el TJUE señala que de la interpretación de los artículos 13, 136 y 137 del Tratado CE, al no mencionar la discriminación por motivos de enfermedad, no permite que se utilice ésta como fundamento jurídico habilitante para considerarla como un factor discriminatorio.

Finalmente se pronuncia sobre la consideración de la enfermedad de una trabajadora como factor de discapacidad y resuelve:

“1) Una persona que haya sido despedida por un empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva

2000/78/CE, del Consejo, de 27 de Noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad”

“2) La prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate”.

Y “3) la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación”.

La cuestión planteada por el Juzgado nº 33 de Madrid, resultaba pertinente y sorprende una interpretación tan rígida de la Directiva 2000/78, que, como veremos, ha tenido que suavizarse en sentencias posteriores habida cuenta de la ratificación por la UE de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, en marzo 2007⁵⁰⁴.

En el caso C 303/2006⁵⁰⁵, S.Coleman vs Attridge Law y Steve Law, el Tribunal de Justicia señala que la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, y en particular sus arts 1 y 2, apartados 1 y 2, letra a) “*deben interpretarse en el*

⁵⁰⁴ Ratificación efectuada por la Delegación de la Unión Europea en Naciones Unidas, Nueva York, el 30 marzo 2007, primer día que se sometió a ratificación el tratado. Ver documento CC07-078EN o bien IP/07/446.

⁵⁰⁵ InfoCuria Jurisprudencia del Tribunal de Justicia Sentencia asunto C303 de 17 julio de 2008 www.curia.europa.eu y Fallo Diario Oficial de la Unión Europea DO C 223 de 30/08/2008.

sentido de que la prohibición de discriminación directa que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discapacidad directa enunciada en el citado artículo 2, apartado 2, letra a) ”.

Se trata de una interesante aportación interpretativa de “discriminación por asociación” que, sin duda, permitirá avanzar en la conciliación de la vida laboral y familiar de aquellos trabajadores que tienen a su cargo personas con discapacidad.

Los casos⁵⁰⁶ 335/11 HK Danmark (Jete Jette Ring) y 337/11 HK Danmark, (Lone Skouboe Werge) responden a peticiones acumuladas de decisión prejudicial “*que tienen por objeto la interpretación de los artículos 1, 2 y 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*” resueltos por el Tribunal de Justicia, Sala Segunda, mediante sentencia del 11 de abril de 2013.

⁵⁰⁶ Ver Sentencia del Tribunal de Justicia en InfoCuria Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de 11 Abril 2013 www.curia.europa.eu y Fallo en Diario Oficial de la Unión Europea DO C156 de 1/6/2013.

Las cuestiones prejudiciales planteadas quedan reflejadas en el párrafo 26 de la sentencia y son las siguientes:

1- a) *¿Está comprendida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78 la situación de una persona que, a causa de dolencias físicas, mentales o psíquicas, no puede llevar a cabo su trabajo, o solo puede hacerlo en medida limitada, durante un periodo de tiempo que se ajusta al requisito de duración especificado en el apartado 45 (de la sentencia Chacón Navas C13/05)?*

b) *¿Puede estar comprendida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva una condición causada por una enfermedad diagnosticada medicamente como curable?*

c) *¿Puede estar comprendida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva una condición causada por una enfermedad diagnosticada medicamente como curable?*

2- *¿Puede considerarse como una discapacidad, en el sentido en que se utiliza ese término en la Directiva 2000/78, una reducción permanente de la capacidad funcional que no origina la necesidad de medios auxiliares especiales o similares sino que consiste, solo o esencialmente, en que la persona afectada no es capaz de trabajar a tiempo completo?*

3- *¿ Se incluye entre las medidas a las que se refiere el artículo 5 de la Directiva 2000/78 una reducción de la jornada laboral?*

4- *¿Se opone la Directiva 2000/78 a la aplicación de una norma legal nacional conforme a la que un empresario está facultado para despedir a un trabajador con un preaviso abreviado si el trabajador ha percibido un salario durante periodos de baja por enfermedad de un total de 120 días a lo largo de un periodo de doce meses consecutivos, en el caso de un trabajador al que se debe considerar discapacitado en el*

sentido de la Directiva, cuando: a) la baja laboral fue causada por la discapacidad o b) la baja laboral fue causada por el hecho de que el empresario no aplicó las medidas apropiadas en la situación concreta para permitir que la persona discapacitada llevara a cabo su trabajo?

La sentencia, apartado 37, llama a la Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad, para señalar, artículo 1, párrafo segundo, que personas con discapacidad son aquellas *“que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación en plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”* y recuerda que el concepto de discapacidad es mutable, evoluciona en el tiempo. Subraya también que la Directiva 2000/78 no excluye las discapacidades causadas por enfermedad (apartado 40). En consecuencia, apartado 41, *“procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que al interactuar con diversas barreras puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78”*. Sin embargo, cuando la enfermedad no suponga una limitación de esta índole,

no estará incluida en el concepto de discapacidad que contempla la Directiva (apartado 42).

El Tribunal resuelve las cuatro cuestiones planteadas y declara que:

1) El concepto de discapacidad a que se refiere la Directiva 2000/78 CE del Consejo, de 27 noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que el estado de salud de una persona le es determinante este concepto

2) El artículo 5 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la reducción del tiempo de trabajo puede constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere dicho artículo. Corresponde al juez nacional apreciar si, en las circunstancias de los asuntos principales, la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste supone una carga excesiva para el empleador.

3) La Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad manteniéndose su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de que el empleador no

adoptó las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar ajustes razonables prevista en el artículo 5 de dicha la Directiva.

4) La Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente”

La declaración del Tribunal de Justicia en los asuntos C335/11 y C337/11 resulta extraordinariamente clarificadora respecto a la consideración de la enfermedad como una discapacidad, cuando la enfermedad supone una limitación para interactuar con diversas barreras que puede impedir la participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con los demás, y si esta limitación es de larga duración. Aunque la enfermedad⁵⁰⁷, considerada como una “*alteración más o menos grave de la salud*” no se incluye como un nuevo factor de discriminación, si adquiere la condición de discapacidad cuando limita a la persona para interactuar en condiciones de igualdad con los demás y la limitación es de larga duración. En fin, resulta reconfortante que la razón jurídica antidiscriminatoria, aunque

⁵⁰⁷ Según primera acepción que suministra el Diccionario de la Lengua Española, Editado por la Real Academia Española, XXII edición, Madrid, 2001, tomo I.

después de seis largos años (los que van del asunto C13/05 al C335/11) se haya impuesto en la jurisprudencia europea⁵⁰⁸.

El caso C354/13, Kalstoft vs Billund Kommune, responde a una demanda por despido por motivo de discriminación por obesidad, que Sr Kalstoft, presenta ante el Tribunal de Kollding, Dinamarca. La obesidad del demandante encaja dentro de aquella que la OMS entiende como causante de problemas de salud. El Tribunal planteo una cuestión prejudicial al TJUE respecto a la consideración de la obesidad como motivo de discriminación al amparo de la Directiva 2000/78/CE.

La respuesta del TJUE fue la siguiente: “1) *Debe interpretarse que el Derecho de la Unión no consagra, como tal, un principio general de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y la ocupación.* 2) *La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que, a los efectos de dicha Directiva, la obesidad de un trabajador puede considerarse como «discapacidad» cuando acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Corresponderá al tribunal nacional comprobar si en el asunto principal concurren dichos requisitos”.*

⁵⁰⁸ Durante la corrección final del texto de esta Tesis, como he citado al inicio de este epígrafe, el TJUE, asunto C354/13 Karsten Kaltoft/ Kommunernes Landsforening, ha determinado que la obesidad que impide a la persona participar plena y efectivamente en la vida profesional, puede incluirse como discapacidad. Una copia resumida de la esta Sentencia también se incluye en el ANEXO I.

IV.2.2) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De acuerdo con los parámetros de búsqueda utilizados, la jurisprudencia⁵⁰⁹ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se ocupa de las “*violaciones de los derechos civiles y políticos enunciados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*” arroja un total de 68 casos⁵¹⁰. De ellos solo el 40892/98 Koua Poirrez v. France, trae causa de una denuncia por trato discriminatorio de una persona con discapacidad residente en Francia, natural y de nacionalidad de Costa de Marfil y adoptada, antes de su mayoría de edad, por una familia francesa que ve rechazada su solicitud de ayuda económica (allocation aux adults handicapés) por no reunir, según la

⁵⁰⁹ La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha obtenido de la base de datos de www.hudoc.echr.coe.int/ utilizando los siguientes criterios de búsqueda: Jurisprudencia de la Cámara y la Gran Cámara, Estados: los europeos incluidos en el estudio comparado; Alemania, España, Dinamarca, Francia, Italia, Noruega, Reino Unido, Suecia; Artículo de la Convención: 14; Periodo de búsqueda: 10 años anteriores (máximo permitido)

⁵¹⁰ A saber: 38590/10 Biao v. Denmark; 7552/09 The Church of Jesus Christ of Latter-Day Sants v. The United Kingdom; 62170/10 Montoya v. France; 45192/09 Tierbefeireier E.V. v Germany; 48420/10 , 36516/10 51671/10 Eweida and Others v. The United Kingdom; 57412/08 Chabauty v. France; 25951/07 Gas and Dubois v. France; 56328/07 Bah v. The United Kingdom; 45071/09 Ahrens v. Germany; 23338/09 Kautzor v. Germany; 19508/07 Granos Orgánicos Nacionales S.A. v. Germany; 36571/06 B.v. United Kingdom; 16674/08 Fabris v. France; 46286/09, 52851/08, 53727/08 Maggio and others v. Italy; 9300/07 Herrmann v. Germany; 29137/08 Si Amer v. France; 17966/10, Manzanos Martin v Spain; 38285/09 García Mateos v. Spain; 35159/09 PV v Spain; 5123/07 Rangelov v. Germany; 49151/07 Muñoz Días v Spain; 32978/03 Pérez Arias v. Spain; 3545/04 Brauer v. Germany; 43546/02 E.B. v France; 22028/04 Zaunegger v. Germany; 31871/96 Sommerfeld v. Germany; 30943/96 Sahin v. Germany; 16574/08 Fabris v. France; 64927/01 Palau-Martinez v. France; 40892/98 Koua Poirrez v. France; 68864/01 Merger and Cros v. France; 58453/00 Niedzwiecki v. Germany; 26740/02 Grande Oriente; 59140 /00 Okpiz v. Allemagne; D'Italia di Palazzo Giustiniani v Italie; 22341/09 Hode & Abdi v Royaume Uni; 63684/00 63475/00 63484/00 63468/00 Hobbs, Richard, Walsh et Green v Royaume Uni; 34848/07 O'Donoghue et autres v Royaume Uni; 37060/06 JM v Royaume Uni; 7205/07 Clift v Royaume Uni; 42949/98 Runkee et White v Royaume Uni; 65507/01 Ginnifer v Royaume Uni; 10721/02 Harrison v Royaume Uni; 63701/00 v, Royaume Uni; 61391/00 O'Brien v. Royaume Uni; 63647/00 Jackson v. Royaume Uni; 63477/00 Wells v. Royaume Uni; 61395/00 Wakeling v. Royaume Uni; 63480/00 Hubley v. Royaume Uni; 64729/01 Smith v. Royaume Uni; 25379/02 Twizell v. Royaume Uni; 63679/00 Szulc v. Royaume Uni; 63479/00 Bond v. Royaume Uni; 14549/02 Cummins v. Royaume Uni; 74961/01 Nelson v. Royaume Uni; 61949/00 Mc Namee v. Royaume Uni; 64735/01 Higham v. Royaume Uni; 65723/01 Goodwin v. Royaume Uni; 63478/00 Williams v. Royaume Uni; 60274/00 Woods v. Royaume Uni; 61392/00 Fallon v. Royaume Uni; 73652/01 Anderson v. Royaume Uni; 63468/00 Geen v. Royaume Uni; 12895/02 Crilly v. Royaume Uni; 62776/00 Cross v. Royaume Uni; 6638/03 P.M v. Royaume Uni; 53769/00 B.B. v. Royaume Uni; 15472/02 Folgero and Others v. Norvege; .

Administración francesa, el requisito de nacionalidad exigido por el Código de la Seguridad Social. El TEDH entendió que había existido una violación del art 14, en combinación con el art 1 del Protocolo nº1, del Convenio⁵¹¹ y resolvió a favor del demandante.

Así, el párrafo 49 de la sentencia no deja lugar a dudas:

“la diferencia de trato, en lo que respecta al beneficio de prestaciones sociales entre repatriados franceses o nacionales de otros países que hubieran firmado un acuerdo de reciprocidad con Francia, y otros extranjeros que no estuvieran en esa circunstancia, no se apoya en justificación alguna objetiva y razonable (ver a contrario Moustaquin c. Belgique, sentencia del 18 febrero 1991, serie A nº 193, p.20, nº 49). Aunque al tiempo de los hechos, Francia no estuviera obligada por acuerdos de reciprocidad con Costa de Marfil, está comprometida, según la Convención, a reconocer a toda persona que se halle bajo su jurisdicción, lo que sin duda es el caso del requiriente, los derechos y libertades definidos en el título I de la Convención”. Y sigue en el párrafo 50 “Por lo tanto, ha habido una inobservancia del artículo 14 de la Convención, en combinación con el artículo 1 del Protocolo nº 1”

La rotundidad de la resolución, que no deja lugar a dudas, constituye un ejemplo respecto a la necesaria aplicación de las normas siguiendo una lectura cabal de la Convención Europea de los Derechos Humanos (y de

⁵¹¹ Convenio Europeo de Derechos Humanos, Art 14 “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opciones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra causa”, y el art 1 del protocolo número 1, dice así “Toda persona física o jurídica tiene derecho al goce de sus bienes. Ninguna persona será privada de sus bienes excepto por causa de utilidad pública y de acuerdo con las condiciones establecidas por la ley y por los principios generales del derecho internacional. La disposición precedente no menoscabará, sin embargo, en ninguna forma el derecho de un Estado para poner en vigor las leyes que considere necesarias para reglamentar el uso de los bienes de conformidad con el interés general o para asegurar el pago de los impuestos”

todos aquellos tratados internacionales vigentes sobre estas materia) que la jurisdicción española haría bien en imitar.

IV.3- Corolario.

Del estudio de las resoluciones judiciales de los tribunales españoles y los de la UE, en asuntos en los que está en cuestión la efectiva aplicación de los Derechos de las personas con discapacidad, extraigo la conclusión de que las resoluciones de los tribunales de la UE presentan una interpretación comprensiva de los Derechos de las personas con discapacidad. Ciertamente las bases temporales no son coincidentes, pero lo cierto es que esta diferente visión jurídica existe y se manifiesta muy claramente en casos en los que están en juego derechos fundamentales.

Los Tribunales Españoles, con una visión comprensiva, ajustada a la Constitución Española, a la Convención Europea de Derechos Humanos⁵¹² y a la Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad, deben contemplar que las enfermedades que limiten, de forma duradera o permanente, las capacidades laborales de una persona se incluyan dentro del concepto de discapacidad.

No se trata tanto de introducir un nuevo factor de discriminación, sino de entender que una enfermedad puede dar lugar a una deficiencia y esta se

⁵¹² Es de esperar que la entrada en vigor de la “Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, ratificada por España en abril de 2008, introduzca sin restricción alguna una interpretación comprensiva y garantista de los derechos de las personas con discapacidad.

puede convertir en discapacidad. La razón jurídica no puede ignorar esta realidad.

V- PARTE QUINTA

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

V.1 Conclusiones

Cuando inicié mi Tesis Doctoral elegí el tema de “La discapacidad como factor de discriminación en el ámbito laboral”, que, apoyado en dos ejes teóricos: la definición de un marco normativo de referencia, el **paradigma normativo**, y en la delimitación conceptual de un nuevo espacio jurídico, “**el ámbito laboral**”. he intentado desarrollar en los capítulos precedentes.

El “paradigma normativo”, es una construcción teórica que permite clasificar el sistema jurídico, o los sistemas jurídicos, en estudio según su compromiso con la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación.

El “ámbito laboral”, sin embargo, es un espacio jurídico configurado por las cuestiones o problemas relacionados con la actividad laboral, en el que tienen que desplegar su eficacia las normas jurídicas de protección contra la discriminación de las personas con discapacidad.

A lo largo de los capítulos precedentes, he llegado al convencimiento de que en el sistema normativo español, caracterizado de acuerdo con la clasificación del “paradigma normativo”, el principio de igualdad y no discriminación está constitucionalizado, es comprensivo y explícito, aunque existe la necesidad de actualizar el concepto de discapacidad para dar cabida a la enfermedad y a otros problemas de salud, en determinadas

circunstancias. Mejorar nuestro sistema normativo, terminológica y conceptualmente, ayudará, sin duda, a que las resoluciones judiciales brinden, con pleno sentido constitucional, la debida protección antidiscriminatoria a las partes que la demandan.

Pero además, en el “ámbito laboral” las normas y las prácticas de protección contra la discriminación de las personas con discapacidad presentan déficits en aspectos tan relevantes como el empleo, la accesibilidad universal (hacia y en el centro de trabajo), la consideración de género, salud y seguridad, conciliación de la vida laboral y familiar y la negociación colectiva, que requieren una revisión a fondo de nuestro sistema.

Todo ello suscita algunas conclusiones y sugiere las correspondientes propuestas.

Las conclusiones se han agrupado en los siguientes títulos:

- Nueva consideración de la discapacidad
- El paradigma normativo
- El “ámbito laboral”

Y las propuestas hacen referencia a:

- Una visión comprensiva
- Cumplimiento efectivo de la cuota de reserva
- Integración en el “ámbito laboral”
- Conciliación de la vida laboral y familiar
- Implicación de los agentes sociales
- Indicadores de la discapacidad

V.1.1) Nueva consideración de la discapacidad

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 diciembre 1948, que incluyó el principio de igualdad ante la ley y no discriminación establece, art.7, que *”Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, a igual protección ante la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”*.

Aunque el camino recorrido desde entonces ha sido extraordinario, no puede afirmarse, con rotundidad, que el resultado material haya sido plenamente satisfactorio. En parte, porque la concepción utilitarista dominante *“clasifica”* a los seres humanos de acuerdo con sus circunstancias sociales, económicas, o personales. Y cuando se trata de circunstancias personales (condición física, cognitiva o sensorial) el lenguaje social, que sobrevive a las normas e influye en ellas, habla de disminuidos, minusválidos, incapaces o discapacitados. La condición se impone al sujeto, crea un estereotipo negativo y detrás, escondida y temerosa, queda la persona. Ocurre también con los grupos sociales que la cultura dominante discrimina: mujeres, homosexuales, inmigrantes, ancianos, etc.

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, Nueva York, 13 diciembre de 2006, ratificada por España, supuso un importante impulso a las políticas en favor de la igualdad y no

discriminación de las personas con discapacidad que, a buen seguro, alumbrarán vigorosamente la interpretación judicial.

A pesar de que la situación actual no puede considerarse plenamente satisfactoria, la evolución conceptual de la discapacidad ha propiciado un esfuerzo normativo en el que la condición (minusválido, discapacitado) va cediendo espacio al sujeto (persona con discapacidad).

Y cada vez es más intensa la corriente de pensamiento que defiende que la discapacidad se deriva de las barreras que impone la sociedad; el entorno físico urbano, normativo, educativo, cultural, laboral, financiero. Es la sociedad la que limita a la persona, la discrimina, y la coloca en una situación de exclusión.

Esta visión social de la discapacidad, que apuesta conceptualmente por la igualdad de oportunidades (igualdad de trato y no discriminación) vida independiente, el diseño para todos, la accesibilidad universal, los ajustes necesarios y la transversalidad, y que para su consideración de trato discriminatorio en el ámbito laboral no requeriría valorarla en grados ni clases, actúa como *feed-back* del sistema normativo y, aunque tímidamente, está dando lugar a cambios doctrinales y normativos que empiezan a dejarse notar en el ámbito formal, aunque encuentran resistencias para su implantación efectiva por los partidarios de la concepción utilitaristas proclive a un tratamiento médico-económico. El tránsito desde la LISMI

hasta el TRLGDPD es un ejemplo esperanzador, pero conserva, todavía, elementos resistentes del modelo médico.

Conclusión nº 1

Se está abriendo paso una consideración comprensiva del modelo social de la discapacidad, que tendrá una influencia determinante en el tratamiento normativo y en la interpretación jurisprudencial.

V.1.2) El paradigma normativo: El ordenamiento jurídico español se ajusta al paradigma normativo constitucional, comprensivo y expícito, tal como se define en esta Tesis. Esto es, existe un mandato constitucional de igualdad y no discriminación, el sistema normativo identifica la discapacidad como factor de discriminación laboral y se establecen criterios para adoptar medidas de acción positiva en las relaciones laborales ordinarias, especiales o protegidas y del trabajo autónomo.

En caso contrario el sistema normativo se convertirá en una paradoja normativa (aseveración normativa imposible, absurda o torpe, que se presenta con apariencia de verdaderamente efectiva) aureolada por un sinfín de experimentos imaginarios (solo de palabra o en la norma pero no acreditados por los hechos) porque la realidad contradiga e ignore el mandato legislativo.

Digamos pues, que el sistema normativo existe pero tiene que tomar carta de naturaleza en la administración, en la empresa, en las propuestas de los agentes sociales y de los planificadores urbanos, en los sistemas de transporte, las tecnologías de la información y las comunicaciones, y, cómo no, en los sistemas públicos de vigilancia administrativa y en la Inspección de Trabajo. Y para hacerlo posible hay hacer visible la realidad, sacarla a la luz para observarla en toda su dimensión. Mientras no ocurra, nos contentaremos con la meritoria labor social de algunas instituciones o asociaciones, O.N.C.E, FEAPS, Fundación Diversidad, Fundación Universia, etc, que aportan soporte, apoyo y asistencia para ejercer estos derechos ¿Podemos imaginar a una persona ciega tratando de encontrar un empleo ordinario en una empresa que no sea del Grupo ONCE?

Pondré un ejemplo: una persona con hipoacusia moderada, de nacimiento, en los dos oídos, pongamos de 41 a 70 dBs HL, que por falta de recursos no disponga desde su más temprana edad y durante su etapa educativa primaria y secundaria, de un tratamiento logopédico adecuado y de prótesis de calidad, está destinada a la exclusión social. Sin embargo, otra persona sin esa deficiencia de nacimiento, y de la misma clase social, podrá incorporarse normalmente al sistema educativo y se socializará dentro de los parámetros habituales ¿Por qué una sí y la otra no? Y no digamos las dificultades de las personas con discapacidad física para desplazarse en silla de ruedas por el espacio urbano, tarea que resulta casi imposible por

las barreras existentes, sea en los espacios públicos urbanos, los transportes públicos, centros comerciales o espectáculos; la adaptación del entorno social para las personas con discapacidad es muy deficiente, cuando no brilla por su ausencia.

¿Cuál es la causa de esta discriminación? Sin lugar a dudas una visión utilitarista, médica y económica, de nuestra condición dentro de la sociedad. Es *más persona* y goza de mayores derechos aquella que tiene más capacidades; económica, familiar o intelectual. El viejo adagio de tanto tienes tanto vales sigue gozando de buena salud.

Y todo ocurre en presencia del mandato expreso y concluyente del art 9.2 de la Constitución Española, CE, que exige a los poderes públicos cuantas acciones positivas sean necesarias para que la libertad y la igualdad de la persona, sean reales y efectivas. O del art 10, CE, cuando dice que la dignidad de la persona, el respeto a la ley y a los derechos inviolables que le son inherentes son fundamento del orden político y de la paz social, y de la rotundidad del art 14 CE cuando afirma rotundo:

“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Volviendo al principio, considero que el sistema normativo español de lucha contra la discriminación por discapacidad en el ámbito laboral está constitucionalizado, es comprensivo y explícito, aunque debido a la

interseccionalidad del fenómeno discriminatorio requiere la aplicación de políticas activas de carácter transversal para su neutralización. Necesita más calidad, aplicación efectiva y una mayor adaptación al modelo social.

Pero la aplicación de las normas requiere que las administraciones públicas que tienen encomendada esta tarea la tomen en serio. Y, por supuesto, que el sistema judicial las interprete con una visión constitucional, de tal forma que las resoluciones judiciales introduzcan en el sistema criterios jurídicos consistentes contra la discriminación de las personas con discapacidad (recuerdo aquí, a mi juicio, la falta de consistencia antidiscriminatoria de la STS del 19 enero 2010, la STC 62/2008, de 26 mayo o la STJUE C13/05 de 11 julio 2006 comentadas en el cap V de esta Tesis).

Por consiguiente, sería necesario reforzar el contenido el segundo inciso del art 14 CE, de conformidad con el Tratado de la Unión Europea, artículo II-8, considerando a la discapacidad, edad, género, acoso, nacionalidad, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, patrimonio, orientación sexual, lengua, entre otros, como factores de discriminación. Y por supuesto considerando que la enfermedad, curable o no, y la obesidad, que limitan a la persona en su interacción con los demás, se consideren incluídas dentro del concepto jurídico de discapacidad.

Proyectar una visión social y comprensiva sobre los derechos de las personas con discapacidad, abandonando la clásica e injusta concepción

utilitarista médico-económica, burocrática y asistencial, constituye una obligación inexcusable. Se trata de derechos no de beneficencia.

Conclusión nº 2

Considero que el sistema normativo español de lucha contra la discriminación por discapacidad en el ámbito laboral está constitucionalizado, es comprensivo y explícito, aunque debido a la interseccionalidad del fenómeno discriminatorio requiere la aplicación de políticas activas de carácter transversal para su neutralización. Necesita más calidad, aplicación efectiva y una mayor adaptación al modelo social.

En tal sentido convendría actualizar el art 14 CE, incluyendo nuevos factores de discriminación como edad, lengua, acoso, creencia, opción sexual.

V.1.3) El “ámbito laboral”: Definido en la presente Tesis como “*el espacio ideal configurado por las cuestiones o los problemas de la actividad laboral, que debe incluir, además de los aspectos contractuales (de género, seguridad y salud laboral, conciliación de la vida familiar y laboral, negociación colectiva y fscalidad) los relativos a su relación funcional con el espacio físico; movilidad, accesibilidad y adaptabilidad del entorno laboral*”, se constituye como un espacio jurídico en el que las personas con discapacidad ejercen su actividad, sea en el sistema laboral

ordinario, en el especial o protegido, o como autónomos económicamente dependientes, con garantía de accesibilidad universal.

En el sistema ordinario el trabajador con discapacidad y el autónomo económicamente dependiente compiten con otras personas sin discapacidad, dentro de un marco físico generalmente no adaptado. En las relaciones laborales especiales o protegidas, sin embargo, el lugar de trabajo está adaptado a las personas con discapacidad y puede facilitar el tránsito para su posterior integración en el marco laboral ordinario. Tanto en el sistema ordinario como en el protegido, las cuestiones de movilidad y de accesibilidad, sea en el entorno urbano o en el centro de trabajo, presentan dificultades para su aplicación.

Si bien la recepción en nuestro derecho positivo de la Directiva 2000/78/CE, de 27 noviembre, por la ley 62/2003, de 30 diciembre, y la LIONDAU, han resultado insuficientes para la protección de las personas con discapacidad en el “*ámbito laboral*”, introdujeron avances formales significativos en la dirección adecuada aunque, desgraciadamente, no han conseguido penetrar la tupida malla de intereses presentes en el marco de las relaciones laborales. Así ocurre, también, con las acciones positivas establecidas por la cuota de reserva del 2% para empresas de 50 o más trabajadores, que sigue sin ser aplicada en su integridad.

La publicación del TRLGDPD, introdujo un tratamiento más cercano al “*ámbito laboral*” que propugno, tanto en definiciones, art 2, y principios,

art 3, como cuando se refiere al derecho a la vida independiente, arts 22 a 34, derecho al trabajo, arts 35 a 47, e igualdad de oportunidades arts 63 a 77.

Pero no es suficiente, la lucha contra la discriminación de las personas con discapacidad en el ámbito laboral exige que el sistema normativo sea claro, su aplicación decidida, colaborativa, didáctica y realista. Solo así las políticas empresariales y sindicales, los sistemas de seguimiento administrativo, la adopción del diseño para todos y los ajustes razonables podrán contemplar, sin titubeos, la protección de las personas con discapacidad en el “ámbito laboral”.

Las barreras que afectan a las personas con discapacidad en el “ámbito laboral”, no se removerán con *soft-law*. Especialmente en el cumplimiento de las reservas de empleo, los principios de accesibilidad universal (incluyendo sistemas de transporte adaptados) o la pérdida del puesto de trabajo.

La movilidad y la accesibilidad, incluyendo el tránsito entre vivienda y trabajo, en una vinculación que no es nueva en nuestro derecho laboral, y la adaptación al puesto de trabajo, tanto en el aspecto material como en el formativo, deberían adaptarse a las nuevas exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación, pues condicionan negativamente la posibilidad de incorporación y ejercicio diario de la actividad laboral a las personas con discapacidad.

Terminar con esta especie de limbo en el que se encuentran las personas con discapacidad en el ámbito laboral, requiere una legislación clara y contundente, unos poderes públicos comprometidos con su aplicación y una sociedad civil informada y consciente. Para las personas con discapacidad que trabajan, toda la cadena social de estructuras, prácticas y comportamientos que conforman su ámbito laboral está en un estado manifiestamente mejorable.

Conclusión nº 3

Si bien la nueva consideración de la discapacidad tiende hacia el modelo social, en el “ámbito laboral” existen barreras físicas, económicas y sociales que dificultan o impiden la incorporación de las personas con discapacidad a un puesto de trabajo, sea en el sistema ordinario, en el especial o como autónomos económicamente dependientes.

Llama la atención que solamente el 1% de los asuntos interpuestos ante el Tribunal Supremo tengan por objeto de casación acciones discriminatorias por discapacidad en el ámbito laboral, cuestión que el CGPJ debería investigar sin tardanza.

Las Administraciones Públicas responsables de su aplicación deberán cumplir de forma comprensiva con el mandato constitucional. con la mirada puesta en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

V.2 Propuestas

El tránsito que emprendió nuestro sistema normativo, desde la LISMI hasta el TRLGDPD, buscando un tratamiento comprensivo para la integración social de las personas con discapacidad, especialmente en el empleo y la ocupación, necesita una actualización que avance sin temor hacia un modelo social de la discapacidad, dotando de mayor robustez y coherencia a las normas antidiscriminatorias, de tal forma que el régimen jurídico aplicable sea congruente con el principio de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el “ámbito laboral”.

V.2.1) Una visión comprensiva: Una visión comprensiva de la relación laboral de las personas con discapacidad, requiere actualizar aspectos relativos a accesibilidad universal, empleo, adaptación del puesto trabajo, conciliación laboral y familiar e implicación efectiva de los agentes sociales, sea en el empleo laboral ordinario, el protegido o el autónomo económicamente dependiente.

En tal sentido, convendría actualizar el art.14 CE, reforzando el contenido antidiscriminatorio de su segundo inciso, con un texto como el siguiente:

“sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, discapacidad, lengua, edad, religión, opinión, opción sexual, acoso o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

En consecuencia, los textos normativos necesitados de actualización serían los siguientes: RD Legislativo 1/1995 por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores; Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales; RD Legislativo 5/2000 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social; Ley 20/2007, de 11 julio, Estatuto del trabajo autónomo; RD Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social (que refunde, regulariza, aclara y deroga la Ley 13/1982, de Integración Social de Minusválidos, la Ley 51/32003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, y la Ley 49/2007, del régimen de Infracciones y Sanciones en materia de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad) y el Real Decreto 364/2005, de 8 abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad.

Sirva como ejemplo la decisión adoptada en su día por la Administración Federal de Estados Unidos de América, para estimular la incorporación de personas con discapacidad en el empleo, programa 2009/2012 Real People Real Impact, *“mediante la mejora de las encuestas laborales, incrementando las oportunidades de contratación de personas con*

discapacidad en pequeñas y medianas empresas, contratistas públicos y empresas líderes, abrir oportunidades de empleo para trabajadores con discapacidad mayores de 45 años, y la promoción de sistemas de transporte accesible”. Sin duda constituyen un buen ejemplo de iniciativas inclusivas para mejorar el acceso al empleo de personas con discapacidad.

2.1.a) Modificación del Texto Refundido aprobado por RD Legislativo 1/2013: El TRLGDPD, a mi juicio, algunos retoques en las definiciones del artículo 2 y en la especificación de quienes son los titulares de los derechos que figuran en su artículo 4.

En cuanto al artículo 2:

La definición de discapacidad de la letra a) debería hacer visible la enfermedad como causa de deficiencias, con un contenido del siguiente tenor:

“a) Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias, previsiblemente duraderas, sean congénitas o adquiridas por enfermedad o accidente, y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”

La letra b) actual “igualdad de oportunidades” debería sustituirse por la definición de deficiencia, tomando como referencia la ICIDH de la Organización Mundial de la Salud.

“b) Deficiencia: toda pérdida o anormalidad, de carácter previsiblemente permanente o duradera de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, bien sea por enfermedad o accidente”

La nueva redacción de las letras a) y b) del artículo 2, aportaría mayor precisión normativa y, por consiguiente, facilitaría la labor jurisdiccional. Además, la consideración de las secuelas o efectos debidos a enfermedad, en los términos expuestos, permitiría su consideración como discapacidad. A partir de estas modificaciones, las definiciones de la norma seguirían en orden correlativo, empezando por c) *igualdad de oportunidades*, manteniendo en todas ellas el texto actual.

La discriminación múltiple, que no tiene un reconocimiento jurídico específico, deberá añadirse a las formas de discriminación contempladas en el TRLGDPD (discriminación directa, discriminación indirecta y discriminación por asociación) para completar las cuatro figuras jurídicas diferentes de cada una de las formas de discriminación existentes.

En relación con el artículo 4, *Titulares de los derechos*, entiendo que, de acuerdo con la literalidad del artículo 4. 1, son personas con discapacidad las que en él se incluyen (entendiendo la discapacidad con la definición que indiqué anteriormente). Y en n 2, se dice “además de lo establecido en el apartado anterior y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%”. Pues bien, como además es un adverbio de cantidad que significa “más de esto o aquello”, consideración es “acción y efecto de considerar”, y considerar significa “juzgar o estimar”, tengo que concluir que: unas personas lo son, las del art

4.1, las otras se estima o se juzga que lo son, las del art 4.2, y añadido; todas ellas serán personas con discapacidad y estarán amparadas por el principio constitucional de igualdad y no discriminación, si bien podrán establecerse acciones positivas diferenciadas (vg: prestaciones económicas o subsidios) de acuerdo con los correspondientes baremos normativos, si fuera exigido.

El grado de discapacidad del art 4.3 3, cuando sea requerido, se obtendrá por el reconocimiento del organismo establecido al efecto y tendrá validez en todo el territorio nacional.

Las modificaciones indicadas permitirían dotar a la norma de una dimensión comprensiva, más ajustada al mandato constitucional.

Y por supuesto, hay que unificar expresiones como *“igualdad de oportunidades”*, *“igualdad de trato y no discriminación”*, *“igualdad de trato y de oportunidades”* e *“igualdad de trato”*, porque su utilización en el Texto Refundido crea cierta confusión interpretativa. En mi opinión, la expresión *“igualdad de oportunidades”* es suficientemente explícita porque incluye: igualdad de trato, no discriminación, diseño para todos, accesibilidad universal y ajustes razonables”.

La “Exigibilidad de las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación” del TRLGDPD requiere plazos realistas que permitan imponer las sanciones previstas en casos de incumplimiento, sean las del artículo 81 o las del 95 del TR, calificando, además, cómo graves o muy graves el incumplimiento de las condiciones de accesibilidad y no

discriminación. Las sanciones deberán aplicarse por cada semana de retraso, en ausencia de cumplimiento de la norma, y los plazos de prescripción deberán ampliarse a 5 años para las sanciones graves y muy graves.

2.1.b) *Editar una colección legislativa sobre discapacidad:* La conveniencia de mantener un adecuado acervo normativo sobre la discapacidad, aconseja crear una Colección Legislativa sobre la Discapacidad que, editada por el BOE, integre todas las normas relativas a esta materia sean estatales, autonómicas o de la CE. Esta Colección, accesible en las páginas web de los Ministerios correspondientes, del Real Patronato sobre Discapacidad, de CERMI, FUTUEX y de las Organizaciones empresariales y sindicales, tendría un importante efecto expansivo en la difusión y conocimiento de los derechos de las personas con discapacidad.

2.1.c) *Visibilizar los Centros Especiales de Empleo:* Deberá existir un Registro Público Nacional de los CEE que incluya la información requerida para elaborar estudios estadísticos sobre esta clase de empleo protegido de las personas con discapacidad, en particular: datos societarios (incluyendo forma societaria, datos de contacto, número de centros gestionados y su localización) sector de actividad, número total de trabajadores y de trabajadores con discapacidad y sus grados de discapacidad).

2.1.d) Otras reformas normativas: Las modificaciones normativas que se requieren para adaptar el RD Legislativo 1/1995 por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, ET, la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, LPRL, y el RD Legislativo 5/2000 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, LISOS y la Ley 20/2007, de 11 julio, Estatuto del Trabajo Autónomo, ETA, se incluyen en los epígrafes siguientes.

V.2.2) Cumplimiento efectivo de la cuota de reserva: La cuota de reserva se mantiene en el artículo 42.1 del TRLGDPD, sin aportar novedad alguna respecto a la regulación precedente e ignorando la disposición final primera de la Ley 26/2011, de 1 agosto, de adaptación normativa a la Declaración Universal sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, BOE num 184, 2 agosto 2011, titulada “*cumplimiento de la reserva de puestos de trabajo para las personas con discapacidad*” que introdujo con mandato expreso al Gobierno para promover (promoverá, señala la Ley) en el plazo de un año, y dentro de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad, iniciativas para asegurar, establecer y evaluar este cumplimiento. Estas iniciativas brillan hoy por su ausencia. Las que propongo para mejorar el cumplimiento de la cuota de reserva son:

2.2.a) Ampliar la base de aplicación de la cuota: Modificar el art 42.1, párrafo primero, del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada por RD

Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, en una doble dirección: a) ampliar la base de las empresas obligadas y b) incrementar la cuota de reserva. En ambos casos, para el cómputo de la plantilla total deberá incluir a los trabajadores autónomos dependientes.

a) La ampliación de la base para aplicar la cuota de reserva deberá considerar a las empresas de 20 o más trabajadores (en lugar de 50 como actualmente) acercándonos así al estándar europeo, incluyendo en el cómputo a los trabajadores autónomos dependientes.

La ampliación de la base empresarial, con límite inferior en las empresas de 20 trabajadores, tendrá un notable efecto cuantitativo. Considerando los datos estadísticos de los años 2008 y 2012 (media aritmética) las empresas con 50 o más trabajadores eran 26.295, y en el mismo periodo las empresas de 20 a 49 trabajadores eran 50.313, la nueva base incluiría 76.608 empresas, unas tres veces la base actual.

b) Incremento de la cuota de reserva desde el 2% actual hasta el 4%, que incluiría en el cómputo a los trabajadores autónomos económicamente dependientes (cada fracción superior a 0,5 incrementaría en una unidad el número de trabajadores).

Con este criterio las empresas con 20 trabajadores estarían obligadas a contratar un trabajador con discapacidad.

Las medidas alternativas contempladas en el art 42.1, párrafo segundo, del TRLGDPD y desarrolladas por el Real Decreto 364/2005, de 8 abril, se

aplicarían de forma restrictiva, especialmente las del art 1.2a) del RD, y solo para empresas entre 20 y 50 trabajadores, al objeto de limitar la “monetización de la cuota”.

Estas medidas podrían permitir incrementar el número de puestos de trabajo, aumentar la tasa de actividad y disminuir la tasa de paro de las personas con discapacidad en el régimen laboral ordinario (habría más puestos de trabajo ofertados), que serían aplicables también a los trabajadores con discapacidad autónomos económicamente dependientes que prestaran sus servicios en el centro de trabajo.

2.2.b) Efectiva aplicación de la cuota de reserva: Se aplicarían las siguientes medidas:

a) Incluir de forma específica personas con discapacidad en los boletines TC1 (boletín de cotización) y TC2 (relación nominal de trabajadores) que reflejaran el cumplimiento de la cuota.

b) Incrementar las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social estableciendo como objetivo la revisión total, cada cinco años, de las empresas obligadas al cumplimiento de la cuota de reserva. Ello obligaría a programar unas 15.322 actuaciones anuales, multiplicando por cuatro las inspecciones que realizan actualmente.

2.2.c) Favorecer la contratación de las personas con discapacidad: La experiencia pone de manifiesto la influencia o “efecto tractor” que tienen las grandes empresas para que se adopten determinadas prácticas

empresariales (*valga como ejemplo la implantación de normas ISO 14000 de Gestión Ambiental e ISO 9000 de Gestión de Calidad*). En este sentido las empresas que contraten con la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales (ayuntamientos, cabildos y diputaciones), empresas públicas, entes y organismos autónomos, deberán disponer de los certificados oportunos del cumplimiento de la cuota de reserva, certificados que tendrían que dispensar la administración pública competente u organismos de certificación independiente. Esta misma obligación debería trasladarse por las empresas a sus proveedores y subcontratistas (*La ley 26/2011 introdujo el art 70 bis en la Ley de Contratos del Sector Público, para que los órganos de contratación de las administraciones públicas ponderaran la conveniencia de incluir en los pliegos la obligación de los licitadores de cumplir la ley 13/1982, pero esta modificación ha desaparecido en la nueva Ley de Contratos del Sector Público, RDL 3/2011, de 14 noviembre, BOE 276, 16 noviembre, que solo conserva una tenue referencia en su art 119 a que podrá solicitarse a los licitadores información relativa a fiscalidad y empleo*)

A tales efectos la Administración General del Estado, deberá iniciar una campaña de concienciación dirigida a las grandes empresas del IBEX 35, en una primera etapa, y a todas las demás que cotizan en bolsa en una etapa posterior, para que exijan a sus proveedores y contratistas información acreditativa del cumplimiento de la cuota de reserva y de las medidas

alternativas, validada por la Administración o por Organismos de certificación independiente, bien sea para empleos en el sistema laboral ordinario o en los CEE.

En apoyo de las acciones anteriores, los registros de los Servicios Públicos de Empleo, estatales y de las CC.AA, tendrán a disposición de los oferentes de empleo una relación de trabajadores con discapacidad, clasificados por formación académica, especialidades laborales y experiencia profesional, que deberá remitirse a todas las empresas obligadas a la cuota con la periodicidad adecuada. Esta información cumplirá todos los requisitos exigidos por la Ley Orgánica 15/199, de 13 diciembre, de Protección de Datos de carácter personal, debería estar disponible en los Servicios de Empleo Público Estatal y de las CC.AA.

Entidades como la Fundación Altares, promotora del Charter de la Diversidad, o la Fundación Universia, son un ejemplo a seguir para difundir la inclusión de la diversidad en el ámbito empresarial y de la educación

V.2.3) La integración en el “ámbito laboral”: Superado el acceso al puesto de trabajo, nuevas barreras aguardan a la persona con discapacidad que busca empleo: movilidad, accesibilidad, adaptación al puesto de trabajo o conciliación de la vida laboral y familiar, constituyen aspectos relevantes para la integración de las personas con discapacidad en el “ámbito laboral”.

Para superar estas barreras, además de una labor de concienciación

empresarial a la que anteriormente me he referido, se requiere la adopción de algunas medidas legislativas.

Propongo las siguientes:

2.3.a) Adaptación del puesto de trabajo y accesibilidad: Las personas con discapacidad deberían tener una presencia más significativa en la legislación laboral. A tales efectos convendría incluir en el art 17 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el RD Legislativo 1/1995, y en el art 12 de la Ley 20/2007, de 11 julio, Estatuto del trabajo autónomo, las obligaciones del art 40.2 del TRLGDPD relativas a adaptación del puesto de trabajo y accesibilidad en la empresa (*Art 40.2 dice “los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que estas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.*

Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa), que se completarían con un llamamiento al artículo 22 del TRLGDPD apartados 1 y 2) referidos a cuestiones de

accesibilidad “puertas afuera” de la empresa, pero en conexión con ella, afirma de forma contundente:

“las personas con discapacidad tienen derecho a vivir de forma independiente y a participar plenamente en todos los aspectos de la vida. Para ello, los poderes públicos adoptarán las medidas pertinentes para asegurar la accesibilidad universal, en igualdad de condiciones con las demás personas, en los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, transporte (el subrayado es mío), la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, así como los medios de comunicación social y en otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales”.

Y el apartado 2) del citado texto legal, incluye el siguiente cierre:

“En el ámbito del empleo, las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación serán de aplicación con carácter supletorio respecto a la legislación laboral”.

Un paso importantísimo para la integración de personas con discapacidad en el ámbito laboral, sería el establecimiento de una política de transportes adaptados para una adecuada movilidad hacia los centros de trabajo.

Queda por ver, de acuerdo con el principio de “consolidación material del orden social” establecido por la ley Reguladora de la Jurisdicción Social (*Exposición de motivos III, y artículos 1 y 2 de la Ley 36/2011, de 10 octubre, reguladora de la jurisdicción social, BOE num 245 de 11 octubre 2011*).cual sería el tratamiento jurisdiccional de aquellas cuestiones alegadas por la parte actora en defensa de incumplimientos de las

condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación del Cap V del TRLGDPD.

La LISOS, deberá incluir en su art 5.1, relativo a infracciones laborales, las relativas a *“igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal”*.

En el artículo 8, *“infracciones laborales”*, apartado 12, deberán incluirse, entre las infracciones muy graves, las decisiones unilaterales del empresario que *“impliquen el incumplimiento de accesibilidad universal y adaptación del puesto de trabajo”* (igualdad y no discriminación están incluidas).

2.3.b) Conciliación vida laboral y familiar: Las medidas para conciliación de la vida laboral y familiar contempladas en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, y en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, han proporcionado avances significativos en la humanización de las relaciones laborales aunque, sorprendentemente, no hacían mención alguna a trabajadores con discapacidad.

Este silencio deberá corregirse introduciendo en el Estatuto de los Trabajadores, medidas de acción positiva referidas a la conciliación laboral y familiar para trabajadores con discapacidad, aumentando los periodos de disfrute en los siguientes artículos: 37.4 por lactancia, 4bis) por nacimiento de hijos prematuros, 5 por guarda legal y 7 por violencia de género; 45.1d) por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante

lactancia y adopción o acogimiento; 46.3 excedencias para cuidado hijos; 48 bis suspensión de contrato en los supuestos del 45.1d).

2.3.c) *Implicación del Consejo General del Poder Judicial:* El CGPJ debería realizar un estudio estadísticamente relevante en relación con la baja presencia de asuntos que traigan causa de acciones discriminatorias por discapacidad en el “ámbito laboral”.

V.2.4) *Implicación de los agentes sociales:* Los agentes sociales suelen incluir en sus Acuerdos Nacionales o en las resoluciones marco de sus congresos, compromisos y recomendaciones para la igualdad de trato y no discriminación de las personas con discapacidad, pero desgraciadamente, no se trasladan a los convenios colectivos y, en consecuencia, pasan desapercibidas en la vida real de los centros de trabajo.

Esta falta de compromiso podría corregirse si la Administración General del Estado, y los agentes sociales más representativos CEOE, CEPYME, UGT Y CC.OO, incluyeran en los textos articulados de sus Acuerdos Marco o Acuerdos Nacionales, al menos, las siguientes medidas:

2.4.a) Todos los convenios colectivos, del ámbito que sea, incluirán un capítulo denominado “Integración de las personas con discapacidad” incluyendo, al menos, los siguientes apartados: cumplimiento de la cuota de empleo, condiciones de acceso al empleo, acciones de formación, conciliación de la vida laboral y familiar (permisos, licencias) y actuaciones relativas a accesibilidad y adaptación del puesto de trabajo.

2.4.b) Exigir a los Servicios Regionales de Empleo y al Servicio Público de Empleo Estatal, que mantengan registros actualizados de personas con discapacidad demandantes de empleo, información que, debidamente estructurada, deberá facilitarse on-line a los agentes sociales y empresas y mediante comunicaciones periódicas, mensuales o trimestrales.

VII.2.5) Indicadores de la discapacidad: Los indicadores de la discapacidad deberán tener la necesaria congruencia para dotar de mayor certidumbre a las estadísticas sobre esta materia.

Como acertadamente señala Cabrero García, Julio, en su artículo “Indicadores de Discapacidad en la Encuesta de Discapacidades Deficiencias y Estado de Salud” (Revista Española de Salud Pública, vol 81 nº 2, marzo-abril 2007.pp 167-181) la medida y significado de la discapacidad depende de los indicadores que se utilicen, cuestión ésta a la que ya me he referido en otro momento (Cap III.2 Discapacidad y Empleo, III.2.1 Empleo ordinario). No son lo mismo los indicadores de la discapacidad, que se utilizan en estudios predictores de la salud de la población para fijar las necesidades de servicios paliativos o asistenciales, que los indicadores de la discapacidad utilizados para medir los niveles de actividad, ocupación y desempleo de la población con discapacidad (no se pueden utilizar los mismos indicadores para todo) pero deberá advertirse en cada uno de los estudios realizados en que se basan los indicadores que en ellos se utilizan.

Conviene recordar que según datos del INE, en la Encuesta sobre Discapacidad, Autonomía Personal y situaciones de Dependencia, EDAD 2008, había 1.428.100 personas con discapacidad entre 16 y 64 años, de las cuales 526.100 eran activos. Sin embargo el INE en la Encuesta de Personas con Discapacidad, EPD 2008, elaborada con datos de la EPA y de la BEPD, las personas con discapacidad entre 16 y 64 años eran 873.000, de las cuales 292.300 eran activas. Esta discordancia, tiene que ser objeto de estudio y discusión.

La División de Estadística de Naciones Unidas, DESA, sensible ante esta situación, en la 43 sesión de la Comisión de Estadística, Statistics Commission, del 28 febrero a 2 marzo 2012, hizo un llamamiento para la utilización de criterios generales para la elaboración de estadísticas sobre discapacidad, “Guidelines and Principles for the Development of Disability Statistics”, que sean compatibles con el desarrollo de políticas de largo plazo y las políticas y acciones a corto plazo, del día a día, dentro de una acción global para alcanzar los Objetivos del Milenio para las Personas con Discapacidad.

Bibliografía

- -Acemoglu Daron y Angrist Joshua D. “Consequences of Employment Protection? The Case of the Americans with Disabilities Act”; *Journal of Political Economy*, 109 (5), 2001, pp 915 - 957.
- -Ales Edoardo, *Disability in Italy: The Legal Concept*; *Comparative Labor Law and Policy Journal*, University of Illinois College of Law, Vol 24,nº4, 2003, pp
- Albiol Montesinos, Ignacio, Dtor AAVV: *Los aspectos laborales de la ley de igualdad*; Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp 188.
- Alcaín Martínez, Esperanza; *Legislación sobre discapacidad*, Aranzadi S.A, Navarra, 2.005, pp 1029.
- Alonso Olea, Manuel y Montoya Melgar, Alfredo; “Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social” -Tomo XX, 1ª edición, Thompson Cívitas, Madrid, 2003, pp 505.
- Alonso Olea García, Belén “Concepto de discapacidad y su distinción de otros afines”, en AA.VV Trabajo y protección social del discapacitado, Coordinadora Romero Ródenas, Mª José , Ed Bomarzo, Albacete, 2003, pp 11-25.de 292pp
- Alvarez Patallo José Andrés, “El procedimiento administrativo para la evaluación de la incapacidad permanente” Comares, Granada 2005,pp 127.
- -Álvarez Ramírez, Gloria; “Discapacidad y sistemas alternativos de solución de conflictos”, CINCA, Madrid, 2013, 320pp.
- -Alonso Saura, José Luis; “La posición de los Tribunales Superiores de Justicia sobre cuestiones candentes de la realidad laboral: La de lo Sala Social del TSJ de Murcia”; *Tribuna Social* nº 227, 2009, pp 49-65.
- -Arias Domínguez, Angel; “Empleo y año europeo de la discapacidad: balance y perspectivas”; *Noticias de la Unión Europea*, Vol 21, nº241, 2005, p 75-111.

- -Arias Dominguez Angel y Hierro Hierro, Francisco Javier “Discapacidad, igualdad de trato y no discriminación. Breve análisis de la Directiva 2000/78/CE y de su trasposición a nuestro ordenamiento jurídico” *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Relaciones Laborales Colección Informes y Estudios, 69, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pp 383-400.
- -Bacon, Nicolas & Hoque Kim; “The role and impact of trade union equality representatives in Britain”; *British journal and industrial relations*, Vol 50 n.2, 2012, p 239-262.
- -Bagenstos Samuel R. “Comparative Disability Employment Law from an American Perspective” *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 24(4), 2003, pp 649-668.
- -Baldwin Marjorie L. y Schumacher Edgar J, “A Note on Job Mobility Among Workers with Disabilities” *Industrial Relations*, 41(3), 2002, pp 430-441.
- -Baldwin, Marjorie L. & Choe Chung; “Wage discrimination against workers sensory disabilities”, *Industrial Relations*; Vol 53 n.1; 2014, p101-124.
- -Barry, Kevin; “Towards universalism: what the ADA Amendments Act of 2008 can and can’t do for disability rights”; *Berkeley journal of employment and labor law* Vol 31, n2; 2010, p203-283.
- -Beegle Kathleen y Stock Wendy A, “ The Labor Market effects of Disability Discrimination Laws” *The Journal of Human Resources*, 2003, 38(4), pp 806-859.
- -Berthoud, Richard; “Disability employment in Britain”; *Work, employment and society*; Vol 22, n.1; 2008; p129-148.
- -Betsh Nathalie; “The Ring and Skouboe Werge case: a reluctant acceptance of the social approach of disability”; *European labour law journal*; Vol4, n.2, 2013, p 135-142.
- -Blázquez Aguado Eva María “Situación real de las mujeres efecto y/o consecuencia de la discriminación múltiple en el empleo: en especial la edad y la discapacidad” en *AA.VV Políticas de Empleo*, coordinadores Jaime Cabeza y Francisca Fernández, Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2013, pp 215 -230.

- Blanco Egidio, Encarnación; *El marco jurídico de la no discriminación de las personas con discapacidad en la Unión Europea, en 2003-2012, 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España: estudios en homenaje a Miguel Angel Cabra de Luna*, pp95-119.
- Cabeza Pereiro, Jaime, "El Caso Chacón Navas", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* N 102, 2013, p 299-318.
- -Cabra de Luna Miguel Angel "Discapacidad y aspectos sociales, igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal" *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, 50, 2004, pp 21-46.
- -Cabrero García, Julio; "Indicadores de Discapacidad, en la Encuesta de Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud", *Revista Española de Salud Pública*, vol 81 n° 2, marzo-abril 2007, pp 167-181.
- -Cardenal Carro, Miguel & Hierro Hierro, Francisco Javier; "Nuevos caminos hacia la integración socio laboral y la igualdad y no discriminación en el empleo de las personas con discapacidad: estrategia global de acción para el empleo de persona con discapacidad 2008-2012"; *Aranzadi Social*, N.17, 2009, p11-37.
- -Carrizosa Prieto, Esther; "La discriminazione fondata sulla malattia del lavoratore", *Lavoro e diritto*, Vol 27, n.2, 2013, p 283-303
- -Casas, María Emilia, "Igualdad en la aplicación de la ley desigual y discriminación de la mujer", *Revista española de derecho del trabajo* n° 54, 1992, pp 555-568.
- -Cassar, Sabrina, "Permessi per lássistenza alle persone con disabilità: riflessioni a margine del c.d Collegato Lavoro"; *Lavoro e previdenza oggi*, Vol38, n.4, 2011, p415-437
- Cayo Pérez Bueno, Luis CERMI, Director, *AA.VV 2003-2012 10 años de legislación sobre discriminación de personas con discapacidad en España.*, Cinca, Madrid, 2013, 500 pp.
- Cayo Pérez Bueno, Luis, Editor CERMI, "Manual para la negociación colectiva inclusiva en materia de discapacidad,; CINCA Madrid, 2013, 137 pp.

- Cordero Gordillo, Vanessa; “Discriminación por discapacidad: centros especiales de empleo, convenios colectivos, relación laboral e integración física y moral” *Actum social*, N11 , 2008, p 34-41.
- Campoy Cervera, Ignacio; *AAVV Los derechos de las personas con discapacidad*; Madrid, DYKINSON SL, Instituto de derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III, 2004, pp 284.
- Cordero Gordillo, Vanessa; “Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo”, *Tirant lo Blanch Valencia*,, 2011, pp 177.
- Córdoba Pérez, Margarita, Cabero Almenara Julio y Fernández Batanero, Jose.M, “Las TIC para la igualdad, nuevas tecnologías y atención a la diversidad”, *MAD S.L*, Sevilla, 2007, 265pp
- -Cruz Morato, Marco Antonio & García Linaza Antonio; “La economía y la psicología ante las personas con discapacidad” *Revista de fomento social*, Vol 65, n.262, 2011, p-251-284.
- -Dávila Quintana, C.Delia; “Discapacidad y género: un estudio de participación en el mercado de trabajo español”; *Moneda y crédito*, n.223, 2006, p127-158.
- De Lorenzo, Rafael; “Sobre discapacidad y derechos”; *Dykinson*, Madrid, 2013; 165 pp.
- De Lorenzo, Rafael; “Discapacidad, sistemas de protección y trabajo social”; *Alianza Editorial*, Madrid, 2007, 448 pp.
- -Deleire Thomas “The Wage and Employments Effects of Disabilities Act”, *The Journal of Human Resources*, 35(4), 2000, pgs 693-715.
- -Demaret, Luc “Discapacidad, el coste humano de la discriminación” *Educación Obrera*, 137, 2004, pp 11-18.
- Dilla Catalá M^a José, Arroyo Gonzalez Marta, Cueva Carmen y Sobrino Gema; “Los trabajadores discapacitados en la negociación colectiva”, en *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Dirigido por Fernando Valdés Dal-Re; *Biblioteca Nueva S.L*, Madrid, 2005, pp 325-361.
- -Escribano Gutiérrez, Juan; “Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria”; *Relaciones laborales*, Vol.23, n.5, 2007, p93-107.

- *Esteban Legarreta, Ricardo y Pérez Amoros, Francisco Codirectores AAVV “La aplicación del derecho del trabajo a los Centros Especiales de Empleo,”*, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pp 679.
- *-Esteban Legarreta Ricardo “La reforma de la regulación de empleo para las personas con discapacidad: un balance del acuerdo firmado (1997-2000) entre el MMTS y el CERMI, XVII(1), 2001, pp 41-70.*
- *-Fernández Docampo, María Belén; “La salud del trabajador como causa de discriminación”; Nueva revista española de derecho del trabajo; N.162, 2014, p71-93.*
- *-Fernández Santiago, Pedro “La discapacidad y la integración laboral de las personas discapacitadas: acercamiento a la realidad de la España Autonómica” Cuadernos de Información Económica, 185, 2005, pp 191-198.*
- *Fernández Santiago, Pedro “Compendio sobre violencia de género y factores de discriminación en la mujer con discapacidad” en Políticas de bienestar social, nº 26, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp 220*
- *-Fuentes Fernández Francisca “La proyección de la reserva de empleo a favor de trabajadores minusválidos sobre los expedientes de regulación de empleo” Temas Laborales, 77, 2004, pp 277-288.*
- *Fernández Gutierrez, Carlos Rubén; La integración laboral de las personas con discapacidad; Temas para en debate, nº 102 (mayo) 2003, pp 30-34.*
- *-García-Perrote Escartín, Ignacio y Bachida Sánchez, Ana María “La aplicación de las medidas de acción positiva en el ámbito de las relaciones laborales; una síntesis de la jurisprudencia2 Justicia Laboral, 15, 2003, pp 37-66.*
- *-García de la Rosa Expósito “Empleo y trabajadores con discapacidad: la pértiga por la barrera más alta” Gaceta Sindical (CCOO), 5, 2005, pp 397-408.*
- *-García González María Nieves y Hernández Sanz José Enrique, “Mujer discapacitada: seguridad social, ley de conciliación familiar y otras normas” Studia Carande, 5, 2000, pp 39-56.*
- *-Gaztelu San Pio, Clara “Acción positiva, acceso y ajuste razonable para personas con discapacidad en el ámbito laboral” en 2003-*

- 2012: *10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España, Estudios en homenaje a Miguel Angel Cabrea de Luna*; Cinca, Madrid, 2012, P 303-323.
- -Garrido Pérez Eva “ *El tratamiento comunitario de la discapacidad desde su consideración como anomalía social a la noción de derecho a la igualdad de oportunidades*” *Temas Laborales*, 59, 2001, pp 165-192.
 - -Geist Fiona, Pietermann Bernd y Widhammer Volker, “*Disability Law in Germany*” *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 24(4), 2003, pp 563-608.
 - Gil Suárez, Luis, “*Principio de Igualdad y tutela judicial efectiva, La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*”, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, colección *Informes y Estudios Relaciones Laborales*, 2005, pp 1035 a 1065
 - -Giménez López Dulce y Ramos Llorente M^a del Mar “*La discriminación de las mujeres discapacitadas en España*” *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, 45, 2003, pp 61-75.
 - -Gijzen Marianne “*Selected issues in equal treatment law: a multi-layered comparison of European, English and Dutch law*, Oxford, 2006, pp 551.
 - -Gómez-Millán Herencia, María José, “*Discapacidad, estados de salud y discriminación en el marco jurídico de la igualdad en el Reino Unido*”; *revista de información laboral*, N.4, 2014, p. 41-78.
 - Guerrero, Catalina; “*Formación ocupacional de las personas con discapacidad en España*”; Ariel, Barcelona, 2002, 224 pp.
 - Gutierrez Recacha, Pedro y Martorell Cafranga, A; “*Las personas con discapacidad intelectual ante las TIC*”, *Comunicar- revista científica iberoamericana de comunicación yy educación*, n° 36, 2011, pp 173-180.
 - -Hause Jean “*Incapacité juridique el emploi*” *Droit Social*, 7, 1991, pp 553-562.
 - -Havaert Anne “*La politique des handicapés dans les instances internationales, le egalité des chances et la non discrimination*” *Revue Belgique de Securite Social*, 38(1), 1996, pp 127-181.

- -Herraiz Martín, María Sol; “La sucesión de empresa en contratas y la sucesión convencional a la luz de la nueva jurisprudencia”; *Aranzadi social*; N.6, 2011, p. 141-171.
- Hirigoyen, Marie-France; “El acoso moral en el trabajo”; (para edición en castellano) Paidós Ibérica S.A, Barcelona, 2001, pp 300.
- -Hiebl, Christina & Boot Gerard; “ The application of the EU framework for disability discrimination in 18 European countries”; *European labour law journal*, Vol 4, n2, 2013, p119-134
- -.Hotchkiss: Julie L, *A Closer Look at the Employment Impact of the American with Disabilities Act*, *Journal of Human Resources*, University of Wisconsin Press, vol 39 n°4, 2004, pgs 887-911.
- -Huete García, Agustín; “Pobreza y exclusión social de las mujeres con discapacidad en España”; CINCA, Madrid, 2013, 82 pp.
- Huete García, Agustín Director; AAVV “Jóvenes con discapacidad en España, Informe de situación 2010”; CINCA; Madrid, 2010; 120 pp.
- -Hvinden Bjorn “ Nordic Disability Policies in a Changing Europe: is there still a Distinct Nordic Model?” *Social Policy Administration*, 38(2), 2004, pp 170-188.
- -Hvinden Bjorn “ The Uncertain Convergence of Disability Policies in Western Europe” *Social Policy Administration*, 37(6), 2003, pp 609-624.
- -Jiménez Lara Antonio, Huete García Agustín, Cordinador Nicolás García Díaz; “La discapacidad en cifras” Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, IMSERSO, 2002, pp 208.
- Jiménez Lara Antonio y Huete García Agustín, “La discriminación por motivos de discapacidad”, CERMI, *Análisis de las respuestas obtenidas al cuestionario sobre Discriminación por motivos de Discapacidad promovido por el CERMI Estatal*, Madrid, 2002, pp 81.
- Jordán de Urriés Francisco de Borja; Verdugo Alonso, Miguel Angel; Jenaro, Cristina; Campo, Maribel; Informe sobre “Empleo y protección económica de las personas con discapacidad, una aproximación desde la información contenida en el SID”, Servicio de Información sobre Discapacidad, Ministerio de Sanidad y Política Social y el Instituto Universitario de integración en la

Comunidad de la Universidad de Salamanca, Madrid, diciembre 2009, pp 16.

- -Kruse Douglas y Schur Lisa; “Employment of People with Disabilities following the ADA” *Industrial Relations*, 42(1), 2003, pp 31-66.
- -Laborde, Jean Pierre “Loi du 1990 relative a la protection des personnes contre les discriminations en raison de santé ou de leur hándicap” *Droit Social*, 7-8, 1991, pp 615-618.
- La Orden Javier Dtor AAVV “Los Derechos de las personas con discapacidad”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp 971.
- -Lee Barbara A, “A decade of Americans with Disabilities Act: Judicial Outcomes and Unresolved Problems” *Industrial Relations*, 42(1), 2003, pp 11-30.
- Lombardo Emanuela y Verloo Mieke, “La interseccionalidad del género con otras desigualdades en la política de la Unión Europea”, *Revista Española de Ciencia Política*, num 23, Edita AECPA, Madrid, julio 2010, pp 11-30.
- -Lousad Arochena, José Fernando, “Discriminación por discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación” *Anuario fundación 1º de Mayo*, Año 2010, p285-291.
- -Mabbett, Debora H, “Some are more equal tan others: definitions of disbility in social policy and discrimination law in Europe”, *Journal of Social policy*, Vol.34, n.2, 2005, p-215-233.
- -Malo Ocaña, Miguel Angel y Pagán Rodríguez, Ricardo, “¿Existe la doble discriminación salarial por sexo y discapacidad en España? un análisis empírico con datos del Panel de Hogares”, *Moneda y Crédito*, N.225, 2007, p 7-42
- -Malo Ocaña Miguel Angel “Las personas con discapacidad en el mercado de trabajo español” *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, 46, 2003, pp 99-123.
- -Malo Ocaña Miguel Angel y Rodriguez Gil Soraya “Centros Especiales de Empleo: una reflexión económica sobre los cambios recientes de la normativa” *Documentación Laboral*, 62, 2000, pp 181-196.

- -Mansfield Gavin y Bowers John “ Disabled persons Under the 1995 UK Disability Discrimination Act ” *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 24(4), 2003, pp 631-648.
- -Marugán Pintos, Begoña; “Desigualdades: una categoría en constante construcción”, *Anuario Fundación 1º Mayo Año 2011*, p231-241.
- -Mercado García, Esther, Aizpurúa González, Eva y García Vicente, Luis Mariano “Avanzando hacia la igualdad de oportunidades en la inclusión socio-laboral de las personas con discapacidad” *Cuadernos de trabajo social*, Vol 26, n.1, 2013, p95-104.
- -Moya Moya, Asunción; “Mujer y discapacidad: una doble discriminación”; *Hergue Editora Andaluza*, Huelva, 2004; 167pp
- -Mora González, Vicente “”La no discriminación en el empleo de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español” En *AA.VV 2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España (estudios en homenaje a Miguel Angel Cabra de Luna)/CERMI*, Madrid, 2012, p289-302.
- -Murray, Bárbara “ Oportunidades de empleo y formación para las personas con discapacidad: papel de la OIT” *Educación Obrera*,137, 2004, pp 1-10.
- -Nergaard Kristine “Legal Framework on Discrimination Strengthened” *Boletín de Información Sociolaboral Internacional del European Industrial Relations Observatory*, 77, 2001, pp 81-84.
- Ospina Ramirez, Mario Andrés; *Discapacidad y sociedad democrática*; revista de Derecho del Estado, nº 24, 2010, pp 143-164
- -Pagan Rodríguez, Ricardo y Marchante, Andrés J. “Análisis de las diferencias salariales por discapacidad en España” *Hacienda Pública Española*, 171, 2004, pp 75-102.
- Parodi Giuliana “Problematiche inerenti all’inserimento lavorativo del disabili, con particolare riferimento alla recente produzione legislative” *Revista internazionale di Scienze Sociali*, 112(3), 2004, pp 339-351.
- -Pedrajas Moreno, Abdón; “Despido y derechos fundamentales”; *Editorial Trotta S.A*, Madrid, 1992, pp 396.

- -Pereda Carlos, de Prada Miguel Angel, Walter Actis; “La Inserción laboral de las personas con discapacidades” Cuadernos de Estudios Sociales nº 14, Fundación la CAIXA, Barcelona, 2003, pp 190.
- -Pfeifer, Christian “Handicaps in job assignment: insiders, outsiders and gender” Journal of labor research, Vol 32, n.1, 2011, p1-20.
- -Poyatos y Matas, Gloria y Escudero Moratalla, José Francisco; “Mobbing: análisis multidisciplinar y estrategia legal”; Editorial Bosch S.A. Barcelona, abril 2004 pp 348.
- -Quadra Salcedo, Tomás, “El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares!”, Cuadernos Cívitas, Editorial Civitas S.A, Madrid, 1981 pp 104.
- -Quintanilla Navarro, Beatriz, “Discriminación retributiva”, Monografías jurídicas, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp335.
- -Quintanilla Navarro, Beatriz “Discapacidad y discriminación: de la igualdad de trato a la accesibilidad universal” Relaciones laborales, Vol 22, n.11, 2006, p 11-46.
- Réau Phillipe: “Francia mejora su sistema de protección de las personas con discapacidad”; Educación Obrera, Oficina Internacional del Trabajo, 2004, nº 137, pgs 33-37.
- -Redondo Mercedes y Jimeno Francisco Javier “La inserción laboral de las personas con discapacidad a través del empleo con apoyo” Herramientas, 77, 2004, pp 32-37.
- -Reau, Philippe “Francia mejora su sistema de protección de las personas con discapacidad” Educación Obrera, 137, 2004, pp 33-38.
- -Riach Peter A. y Rich J. “Field Experiments of Discrimination in the Market Place, The Economic Journal, 112(483), 2002, pp 480-518.
- -Rial, Hervé “Le contentieux de l’obligation d’emploi des travailleurs handicapés: le respect de l’obligation des 6% apprécié par les juridictions administratives et judiciaires” Revue de droit sanitaire et social” N.6, 2010, p 1146-1050.
- -Rodriguez Cardo, Iván Antonio, “Despido de trabajadores en situación de IT: equiparación de enfermedad con discapacidad”, Actualidad laboral, 2013, nº 7-8, pp 985-987.
- -Rodriguez-Piñero, Miguel y Fernández López Mª Fernanda, “Igualdad y Discriminación”, Tecnos 1986, Madrid, pp 339.

- -Rodríguez Piñero Miguel “Centros Especiales de Empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía” *Relaciones Laborales*, XVI(5), 2000, pp 1-12.
- -Rodríguez Piñero, Miguel y Ferrer Bravo; “Novedades sobre la discriminación por discapacidad en la Unión Europea” *Relaciones laborales*, Vol 24, n.21, 2008, pp 1-16
- Romero Ródenas, M^a José (coordinadora); *AAVV Trabajo y protección social del discapacitado*, s.l, Editorial Bomarzo, Albacete, 2003, pp 292.-
- Ruiz Castillo, María del Mar; *igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*; Editorial Bomarzo, Albacete, 2010, pp 194.
- Sagardoy Bengoechea, Juan A; *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Cuadernos Cívitas, Editorial Cívitas S.A; Madrid, 2005, pp109.
- Sánchez-Cervera Senra, José Manuel y Sánchez-Cervera Valdés, José Manuel; *Los trabajadores discapacitados*, Monografías laborales;1^a edición, CISSPRAXIS, S.A, Valencia, abril 2000, pp 490.
- -Sánchez González Santiagor, AAVV *En torno a la igualdad y la desigualdad* Dykinson, Madrid, 2009, pp 257.
- -Serra Cristóbal Rosario, Cdra:AAVV “La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo” Monografía 851 de Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp 361.
- Serrano Arguello, Noemi “Tutela Jurídica del Acceso al empleo y no discriminación: la acción positiva como medida complementaria de protección” *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Relaciones Laborales, Colección Informes y Estudios, 69, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pp 1.179-1.202.
- -Susan George “Solidaridad y globalización” AAVV *Tendencias en desvertebración social y en políticas de solidaridad*, José Félix Tezanos, José María Tortosa, Antonio Alaminos (eds), Madrid, Editorial Sistema, pp 496.
- -Tapia Hermida, Antonio “Discapacidad, invalidez y trabajo” *Revista de trabajo y seguridad social*, N370, 2014, PP 165-169.

- Torres López, M^a Asunción, *Discapacidad en el derecho administrativo*, , Civitas, Madrid, 2012, 280 pp.
- -Torrents Margallef, Jorge en “Los derechos de seguridad y salud de los trabajadores discapacitados”, en *Relaciones laborales personas con discapacidad*. Dtor Fernando Valdés Dal-Re Madrid, Eds Biblioteca Nueva, Fundación Francisco largo Caballero, Fundación ONCE, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid, 2005, pgs 247-280, 411 p.
- -Tuset del Pino, Pedro; *Diccionario legal de las minusvalías*, 2^a edición, , Aranzadi SA, Navarra, 2.005, pp 425.
- -Tucci, Giuseppe “Le discriminazione contro il disabile: i rimedi giuridici” *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*” Vol 33, n.129, 2011, pp 1-28.
- Urriés, Jordán de, Francisco de Borja y otros, *Empleo y Protección Económica de las Personas con Discapacidad*, Servicio de Información sobre Discapacidad, dic 2009, pgs 7-8.
- Urriés Javier de y Verdugo Alonso “Informe sobre la situación de los Centros Especiales de Empleo en España”, julio 2010, para el Instituto Universitario de Integración en la Comunidad, INICO, perteneciente a la Universidad de Salamanca
- Valdés Dal-Re, Fernando Dtor; *AAVV Relaciones laborales de las personas con discapacidad*;, Biblioteca Nueva, Fundación ONCE, Fundación Francisco Largo Caballero y Fundación José Ortega y Gasset, Madrid, 2005, pp 411.
- -Vergé, Pierre y Roux Dominique “Personnes handicapées: l’obligation d’accommodement raisonnable selon le droit international et le droit canadien” *Droit Social*, N.9-10, 2010, pp 965-973.
- Verdugo Miguel Angel, Vicent Carmen, Campo Maribel y Jordán de Urries Borja; “Definiciones de Discapacidad en España: un análisis de la normativa y de la legislación más relevante”, Servicio de Información sobre Discapacidad, Madrid, 2001, pp 42.
- -Wells Katie “The Impact of the Framework Employment Directive on UK Disability Discrimination Law” *Industrial Law Journal*, 32(4), 2003, pp 253-273.
- -Yelin Edwar H, y Trupin Laura “ Disability end the Characteristics of Employment” *Monthly Labor Review*, 126(5), 2003, pgs 20-31.

- Zufiaur José María Coordinador; *“Los Retos de la Igualdad en el Trabajo, Fundación Francisco Largo Caballero 1ª ed, Madrid, 2009, 384 p*

Ensayos, Informes, ponencias y actas Congresos, otros documentos.

- -AAVV, *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales, XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Colección informes y Estudios, serie Relaciones.Laborales, nº 69, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp1327.*
- *Acuerdo para el empleo y la negociación Colectiva 2010, 2011 y 2012, firmado por la confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), Confederación Española de Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO) y la Unión General de Trabajadores, del 9 febrero 2010.*
- *Borja Jordán de Urriés y Miguel Angel Verdugo, “Informe ECA 2011 Evolución del Empleo con Apoyo en España 1995/2011 y ajuste a los Estándares de Calidad de la EUSE”, Instituto Universitario de Integración en la Comunidad de la Universidad de Salamanca, Programa ECA Caja Madrid, abril 2011, pp 19.*
- -Colectivo Ioé *“La inserción laboral de personas con discapacidades”, Colección Estudios Sociales nº 14, editado por Fundación “la CAIXA”, Barcelona, 2003.pp 193.*
- -Consejo Confederal de la CS de Comisiones Obreras; *Criterios para la negociación colectiva y la acción sindical, Cuadernos de Información Sindical, 10, Madrid, diciembre 2009, pp 53.*
- *40 Congreso Confederal de la Unión General de Trabajadores, Carta Sindical por la Igualdad; Madrid, 2009, pp 7.*
- -COM (2010) 636, *Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, Al Consejo, Al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones; (SEC(2010)1323 SEC2010) 1324; Bruselas, 15/11/2010, pgs 13..*

- *-Dale la espalda a la discriminación: guía básica contra la discriminación, Madrid, Ediciones GPS, 1ª mayo 2009, pp 55.*
- *-De las Palabras a los Hechos, Libro Blanco de la Incorporación de personas con capacidades diferentes en Repsol España, Madrid, 2009, Repsol/Fundación Repsol, pp 135.*
- *-Documentos aprobados en el 9º Congreso Confederal de Comisiones Obreras, Programa de Acción, 17,18,19 y 20 de 2008, Madrid, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, pp 204.*
- *-Documentos aprobados en el 9º Congreso de Comisiones Obreras de Madrid, 1ª mayo 2009, pp 300.*
- *-Encuesta de Población Activa (EPA), cuarto trimestre de 2009; Notas de prensa; Instituto Nacional de Estadística, Madrid, enero 2009, pp 20.*
- *Estrategia europea sobre discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras; Comunicación de la Comisión al parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, COM (2010) 636 final, Bruselas, noviembre 2010, pp 12.*
- *Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008/2012; Ministerio de Trabajo e Inmigración y Ministerio de Sanidad y Consumo, Gobierno de España, Madrid, NIPO 790-09-189-6, septiembre 2008, pp 101.*
- *Estudio sobre perspectivas del mundo empresarial respecto a la contratación de personas con discapacidad; Fundación ONCE, Madrid, 2007, pp 100.*
- *Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia (EDAD) 2008, Instituto Nacional de Estadística, Notas de prensa, Madrid, noviembre 2008, pp 12.*
- *-Fernández Pedro, Ramirez María José y Ramiro Pilar “Diagnóstico social sobre violencia de género y discapacidad en la Ciudad de Madrid” Concejalía de Servicios al Ciudadano, Ayto Madrid, 2005.*
- *Fundación Equipara, B Informe Equipara 2008, Barcelona, 2008, pp 180*
- *-Fundación ONCE, “Discapacidad, Estudios Superiores y Mercado de Trabajo. Barreras de acceso y repercusión en la inserción laboral” elaborado por Red2Red Consultores, cofinanciado por el*

Fondo Social Europeo, dentro del Programa Operativo de lucha contra la discriminación 2007/2013

- *“Guidelines for Integrating People with Disabilities into the Workplace”; ASPHI Onlus Foundation & IBM Italia Foundation, actualizado conforme a Ley 4/2004 (Stanca LAW), pp 28.*
- *Guía Laboral y Propuestas para la Inserción Laboral de Personas con Discapacidad, junio 2003, Unión Sindical Madrid Región de Comisiones Obreras, pp 52*
- *-“Guía de la fiscalidad de las personas con discapacidad en el ámbito del trabajo: las personas y las empresas”; LANDWELL-PRICEWATERHOUSECOOPERS; Fundación ONCE y Fondo Social Europeo, Madrid, 2006, pp 278.*
- *-Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2012, Edita Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, pp 232.*
- *INE Cifras, Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadística, nº 10/2009, Panorámica de la discapacidad en España, Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia EDAD 2008, pp 12.*
- *-Instituto Nacional de Empleo, INEM, Mercado de trabajo de las personas con discapacidad 1999 al 2002, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*
- *-INE 10/2009, Encuesta sobre Discapacidad, Autonomía Personal y situaciones de Dependencia, EDAD 2008, Notas de prensa, pp 12.*
- *-INE El Empleo de las Personas con Discapacidad 2008/2010, Notas de prensa, 21 junio 2012, pp 16*
- *-INE El Empleo de las Personas con Discapacidad 2011, Informe de resultados, marzo 2013, pp 51.*
- *-INE, Encuesta sobre Discapacidad, Autonomía Personal y situaciones de Dependencia, EDAD 2008, Módulo empleo y educación de personas con discapacidad entre 16 y 64 años en Centros Especiales de Empleo tablas de referencia 1.2, 1.13 y 1.15.*
- *-INE Directorio Central de Empresas, DIRCE, datos estadísticos al 1 enero 2008, Empresas por estrato de asalariados y condición jurídica. .*
- *IMSERSO y FUNDACIÓN ONCE, Convenio marco de colaboración entre el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO),*

Dependiente del Ministerio de Sanidad Política Social e Igualdad y la Fundación ONCE para la cooperación y la inclusión social de personas con discapacidad, con el objetivo de desarrollar un programa de accesibilidad universal en el año 2011, Madrid, marzo 2011, pp 17.

- *“Informe del mercado de trabajo de las personas con discapacidad, 2008”; Observatorio de las ocupaciones del Servicio Público de Empleo Estatal, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Gobierno de España, Madrid, abril 2008, pp 130.*
- *Informe Olivenza 2010, Las personas con discapacidad en España, del Observatorio Estatal de la Discapacidad, Badajoz 2010, pp 524*
- *- “Informe sobre la situación de las personas con discapacidad en el ámbito tributario y propuestas de mejora para el periodo 2010-2012” Comité de Representantes de Personas con Discapacidad, CERMI, Informe promovido por la Fundación Once, abril 2009, pp 203.*
- *-International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps, adoptado en Ginebra en 1980, por la Organización Mundial de la Salud.*
- *Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, BOE nº 96, 21 abril 2008, pp 20648 a 20649.*
- *Igualdad y no discriminación, Informe anual 2004, Comisión Europea, Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales, Unidad D.3; Luxemburgo, mayo 2004, pp 36.*
- *-Negociación Colectiva e inserción laboral de las personas con discapacidad, Relaciones Laborales nº 75, colección Informes y Estudios, Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006 pp 79.*
- *-“Normativa específica para personas con discapacidad Renta 2010” Madrid, Agencia Tributaria, Gobierno de España, 2011, pp 7.*
- *I Plan Nacional de Accesibilidad 2004/2012: por un nuevo paradigma, el Diseño para todos, hacia la plena igualdad de oportunidades, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, julio 2003, pp 2006.*

- *III Plan de Acción para las Personas con Discapacidad 2009/2012; Ministerio de Trabajo y Política Social, Gobierno de España; Madrid, Julio 2009, pp 70.*
- *“Panorámica de la discapacidad en España, Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de dependencia, 2008”; Instituto Nacional de Estadística, Boletín nº 10, Madrid, 2009, pp 12.*
- *“Promoting Equality and Combating Disability Discrimination: The Need for a Disability Specific Non Discrimination Directive Going Beyond Employment Directive”, Bruselas, European Disability Forum, octubre 2007, pp 24.*
- *“Recomendación Rec (2006)5 del Comité de Ministros a los Estados sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015”, Comité de Ministros del 5 abril 2006, pp 100.*
- *Transcripciones de la Mesa redonda “La integración laboral en las pymes”, I Congreso INCORPORA, Obra Social La CAIXA, mayo 2008, pp 12.*

Paginas web

www.observatoriodeladiscapacidad.es

www.fderechoydiscapacidad.es

www.leeds.ac.uk/disabilitily-studies/

www.dredf.org
(National Council on Disability USA)

www.edf.feph.org
(European Disability Forum)

www.cermi.es

www.cedd.net

www.discapnet.es

www.mtas.es

www.boe.es

www.ine.es

www.poderjudicial.es/search/index.jsp

www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia

www.hudoc.echr.coe.int

www.curia.europa.es/juris

www.madrid.org/boletin

www.publications.eu.int

www.uam.es

www.un.org/esa/socdev/enable/index.html

www.un.org/es/documents

www.ilo.org

www.cde.ua.es

www.gpo.gov

www.bgb1.de

www.legifrance.gouv.fr

www.gazzettaufficiale.it

www.legislation.gov.uk

www.worldbank.org

www.rightsforall.org/article.php?id=217

www.blackwellpublishing.com/static/online.htm

www.blackwellpublishing.com/asp/journal.asp?ref=0019-8676/resumen

www.law.uiuc.edu/publications/CLL&PJ/Default.htm

www.ec.europa.eu/employment_social/disability/conference_bulgaria/index_en.html

www.eiro.euro.eurofound.ie/2001/02/study/tn0102201s.html (Informe del observatorio Europeo de Relaciones Laborales ; Workers with disabilities : Law, bargaining and the social partners)

www.madrid.ccoo.es

www.rpd.es/boletin/bol53/e-normativa.pdf

ANEXO I RESUMEN DE JURISPRUDENCIA

En este Anexo incluyo aquellas sentencias del Tribunal Supremo, TS, Tribunal Constitucional, TC, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, comentadas en el texto⁵¹³, obtenidas de las bases de datos⁵¹⁴ del Consejo General del Poder Judicial de España, TS y TC, del Tribunal de Justicia de la UE y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

AI.1) SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas en el texto, descargadas de la base de datos CENDOJ, del CGPJ de España. (6801/2009, de 5 octubre; 147/2010, de 19 enero; 6223/2010. De 21 octubre)

Roj: STS 6801/2009
Id Cendoj: 28079140012009100804
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 82/2008
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: AURELIO DESDENTADO BONETE
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Octubre de dos mil nueve
. Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación interpuesto por la CONSEJERIA DE ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y PORTAVOZ DEL GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, representada y defendida por el Letrado Sr. Serra Ivorra, contra la sentencia de la Sala de lo Social del

⁵¹³ Siendo necesaria autorización del Consejo General del Poder Judicial, CGPJ, para la reproducción de sentencias del TS y TC obtenidas de su base de datos CENDOJ, se adjunta al final de este ANEXO I la autorización oportuna.

⁵¹⁴ Dados los diferentes formatos editados por cada base de datos consultada, los textos no presentan una composición uniforme.

Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 19 de mayo de 2008, en autos nº 5/08, seguidos a instancia de la Asociación Sindical CORRIENTE SINDICAL DE IZQUIERDAS contra dicha recurrente, sobre conflicto colectivo.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrida la Asociación Sindical CORRIENTE SINDICAL DE IZQUIERDAS, representada y defendida por el Letrado Sr. Alvarez Alvarez.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Aurelio Desdentado Bonete**,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Asociación Sindical CORRIENTE SINDICAL DE IZQUIERDAS interpuso demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el que ésta, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare la nulidad, por no ser conforme a derecho, de la resolución de 6 de noviembre del 2007, de la Viceconsejería de Modernización y Recursos Humanos del Gobierno del Principado de Asturias, por la cual se convocan pruebas selectivas para la provisión, en turno de promoción interna y régimen de contratación laboral por tiempo indefinido, de sesenta y nueve plazas de auxiliar de enfermería (grupo D) por el procedimiento de concurso-oposición, al no incluir en esa convocatoria la preceptiva reserva de plazas para personas afectadas de minusvalía, con todos los pronunciamientos inherentes a esta declaración.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda de conflicto colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 19 de mayo de 2008 se dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo:

"Estimando la demanda de conflicto colectivo interpuesta por la Asociación Sindical Corriente Sindical de Izquierdas contra la Consejería de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno del Principado de Asturias, debemos declarar y declaramos la nulidad de la resolución de 6 de noviembre de 2007, de la Viceconsejería de Modernización y Recursos Humanos del Principado de Asturias, por la que se convocan pruebas selectivas para la provisión, en turno de promoción interna y régimen de contratación laboral por tiempo indefinido, de sesenta y nueve plazas de auxiliar de enfermería, al haberse omitido en ella la obligada y preceptiva reserva de un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes anunciadas para ser cubiertas entre personal con discapacidad cuyo grado de minusvalía sea igual o superior al 33 por ciento, condenando al organismo demandado a estar y pasar por este pronunciamiento y a los efectos que del mismo se derivan".

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- En fecha 13 de febrero de 2008 el Boletín Oficial del Principado de Asturias publica la resolución de 6 de noviembre de 2007, de la Viceconsejería de Modernización y Recursos Humanos del Principado de Asturias, por la que se convocan pruebas selectivas para la provisión, en turno de promoción interna y régimen de contratación laboral por tiempo indefinido, de sesenta y nueve plazas de Auxiliar de Enfermería. Dicha convocatoria, en la que no se incluye reserva alguna de plazas para personal discapacitado, establece en su base segunda los requisitos que han de concurrir en quienes deseen tomar parte en la misma, exigiéndose entre otros en su apartado 1 la condición de trabajador integrado en el vigente Convenio Colectivo para el Personal Laboral del Principado de Asturias como personal laboral fijo en activo. En la base tercera se fija un plazo de 30 días hábiles, a contar desde el siguiente al de la

publicación de la convocatoria en el B.O.P.A., para formular la correspondiente solicitud de participación en ésta. ----2º.- En el mismo Diario Oficial se publican otras dos resoluciones del organismo ya citado conteniendo sendas convocatorias de pruebas selectivas: la primera para la provisión en turno libre y régimen de contratación laboral por tiempo indefinido de veintidós plazas de Auxiliar de Enfermería; la segunda para la cobertura también en turno libre y régimen de contratación laboral por tiempo indefinido de siete plazas de la misma categoría para personas con discapacidad. ----3º.- En la tramitación del proceso se ha observado las prescripciones legales."

QUINTO.- Contra expresada resolución se interpuso recurso de casación a nombre de la CONSEJERIA DE ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y PORTAVOZ DEL GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, y recibidos y admitidos los autos en esta Sala por su Letrado Sr. Serra Ivorra, en escrito de fecha 10 de diciembre de 2.008 , se formalizó el correspondiente recurso, autorizándolo y basándose en el siguiente motivo: UNICO.- Al amparo del artículo 205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral , por interpretación errónea del artículo 59 de la Ley 7/2007, de 12 de abril , Estatuto Básico del Empleado Público, el Real Decreto 2271/04, de 3 de diciembre y los artículos 38.2 y 44.3 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

SEXTO.- Habiendo transcurrido el plazo concedido por la parte recurrida para la impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e, instruido el Excmo. Sr.Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 2 de julio de 2009. Por providencia de 2 de julio de 2009 se acordó que, dada las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procedía su debate en Sala General, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, a tal efecto, se suspendió el señalamiento acordado para el día 2 de julio, trasladando el mismo al día 30 de septiembre de 2.009, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida ha estimado la demanda de conflicto colectivo y ha anulado la resolución de 6 de noviembre de 2007 , por la que se convocan pruebas selectivas para la provisión, en turno de promoción interna y régimen de contratación laboral por tiempo indefinido, de sesenta y nueve plazas de auxiliar de enfermería. Esta decisión se funda en que no se ha cumplido en la convocatoria la obligación de reservar un 5% de las plazas para las personas con discapacidad, y frente a la misma recurre la Administración del Principado de Asturias, denunciando en un único motivo la infracción del artículo 59 de la Ley 7/2007 , aprobatoria del Estatuto Básico del Empleado Público, en relación con el Real Decreto 2271/2004 y los artículos 38.2 y 44.3 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

SEGUNDO.- Sostiene, en síntesis, la parte recurrente que del examen de los preceptos que se citan como infringidos se desprende que no existe una obligación de reserva de los puestos de trabajo para cada una de las convocatorias de promoción interna ni del turno libre, siendo competencia de cada Administración pública la distribución del cupo general de reserva en sus distintas convocatorias, como se advierte en el caso del Principado de Asturias a partir de lo dispuesto en el apartado 5 del Acuerdo del Consejo de Gobierno de de 29 de junio de 2006 (BOPA de 13. 7.2006). Alega también la parte

recurrente que los artículos 38.2 y 44 del V Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias sólo establecen la reserva de las plazas de discapacitados para las convocatorias de nuevo ingreso. Por otra parte, sostiene el motivo que el Real Decreto 2271/2004, que extiende la reserva a las plazas de promoción interna, no es aplicable a las Comunidades Autónomas y que tampoco puede aplicarse por la vía de la supletoriedad, conforme a la disposición adicional única.

TERCERO.- El razonamiento en el que se sustenta la impugnación no puede aceptarse. La obligación de reserva de plazas para discapacitados en las ofertas de empleo público se regula hoy en el art. 59 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007 (en adelante, EBEP), que establece, en su número 1, que "en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad ..., siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública". Esta norma, que ya se había incorporado en la disposición adicional 19ª de la Ley 30/1984, modificada por la Ley 53/2003, contiene una regulación básica aplicable a las Administraciones públicas de las Comunidades Autónomas (artículos 1 y 2). Esa regulación fue en su día objeto de un desarrollo reglamentario por el Real Decreto 2271/2004, cuyo artículo 5 prevé que "las convocatorias de pruebas selectivas para acceso por promoción interna a cuerpos, escalas o categorías de la Administración General del Estado que se encuentren previstas en el Real Decreto por el que se aprueba la oferta de empleo público deberán incluir la reserva de un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad cuyo grado de minusvalía sea igual o superior al 33 por 100". La parte recurrente considera que esta norma no es aplicable al empleo público de la Comunidad del Principado. Pero, con independencia de que el Real Decreto 2271/2004 resulte o no aplicable en el ámbito de la Comunidad Autónoma por la vía de la supletoriedad de conformidad con su disposición adicional única, lo cierto es que la obligación de aplicar la reserva a las convocatorias de promoción interna no deriva del Real Decreto, sino del propio artículo 59 del EBEP, que establece la reserva sobre el conjunto de la oferta de empleo público y no únicamente sobre las plazas de nuevo ingreso, pues el término ofertas de empleo público comprende no sólo la parte de la oferta que corresponde a las plazas de nuevo ingreso, a las que se refiere el 70.1 del Estatuto, sino también las plazas de promoción interna que van dirigidas al personal ya incorporado a la Administración, como se desprende de los artículos 22 de la Ley 30/1984 y 73 del Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración aprobado por Real Decreto 364/1995; ampliación que está de acuerdo con las previsiones del artículo 27 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre de 2007 (BOE 21.4.2008). Así se pone de relieve en el propio artículo 70.3 del EBEP, cuando prevé que las ofertas de empleo público podrán incluir medidas derivadas de la planificación de recursos humanos, entre las que se encuentran, según el art. 69 del mismo texto legal, las medidas de promoción interna. Por otra parte, esa obligación deriva también del apartado 5 del Acuerdo de 29 de junio de 2006 del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, en el que se funda la convocatoria impugnada, que recoge esta aplicación de la reserva, que afecta al "total de las vacantes ofertadas", entre las que se encuentran las de promoción interna como se desprende del apartado 6º del Acuerdo citado, que incluye estas plazas en la oferta. La regulación del convenio colectivo que se alega no dispone lo contrario, pues se limita a prever la reserva para las plazas de nuevo ingreso,

sin establecer previsión alguna en este punto para las convocatorias de promoción interna, aparte de que un convenio colectivo no podría excluir esas convocatorias de la reserva cuando ésta deriva de una norma con rango de ley. Cuestión distinta es la relativa a si la obligación de reserva alcanza a todas y cada una de las convocatorias que se realicen. Es obvio que no es así, pese a lo que podría desprenderse de la letra del artículo 4.1 del Real Decreto Real Decreto 2271/2004 , en el que se dice que "las convocatorias de pruebas selectivas para acceso por promoción interna....deberán incluir la reserva de un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad". Pero, el propio precepto descarta esta interpretación cuando se refiere a la distribución del cupo entre los distintos cuerpos, escalas o categorías y si hay distribución del cupo es porque en algunas convocatorias el porcentaje de reserva podrá ser superior y en otras inferior o no existir, como se desprende claramente del examen de las ofertas de empleo público tanto en el ámbito estatal, como en el autonómico del Principado de Asturias. En este sentido el Acuerdo de 29 de junio de 2006 del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias prevé en su apartado 5 que el 5% de reserva para las personas con discapacidad ha de distribuirse por la Consejería de Economía y Administración Pública entre las plazas disponibles aplicando criterios que ponderen la compatibilidad para su desempeño por personas discapacitadas.

Estamos, por tanto, ante una obligación de reserva general que vincula a las ofertas de empleo público, que son las que tienen que precisar, directamente o por delegación en otro acto administrativo general, los términos en que han de concretarse las reservas en las distintas convocatorias. En este sentido el apartado 5º del Acuerdo de 29 de junio de 2006 del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias establece que:

1º) del total de las vacantes ofertadas se reserva un cupo del 5% para ser cubiertas entre personas con discapacidad; 2º) la Consejería de Economía y Administración Pública ha de determinar el tipo de convocatoria en cada proceso selectivo y realiza la distribución de la reserva de plazas, dando preferencia y mayor cupo de reserva a las vacantes en cuerpos o categorías cuyos integrantes normalmente desempeñen actividades compatibles en mayor medida con la posible existencia de una minusvalía, dando cuenta de las mismas a los sindicatos; 3º) una vez determinada dicha distribución, el número de plazas reservadas quedará recogido en las correspondientes bases específicas de la convocatoria. A partir de esta regulación pueden establecerse las siguientes conclusiones: 1ª) la reserva incluye tanto en el ámbito estatal como en el Principado de Asturias las plazas de promoción interna; 2ª) la reserva es global y tiene que distribuirse entre los distintos sectores o grupos de empleo mediante un acto administrativo del órgano competente -la Consejería de Economía y Administración Pública- posterior a la oferta de empleo público, pero anterior a las convocatorias que las desarrollan; 3ª) cada convocatoria está vinculada por el acto de distribución y 4ª) tanto el acto administrativo de distribución como las convocatorias que lo desarrollan tienen que aplicar la reserva a las plazas de promoción interna, salvo que exista razón suficiente para excluirla.

Estas conclusiones determinan la desestimación del recurso, porque, como señala con acierto el Ministerio Fiscal, la reserva es aplicable a las plazas de promoción interna y en el presente caso esa obligación no se ha cumplido, ni se ha ofrecido justificación alguna de la exclusión, con lo que, aunque se haya respetado el porcentaje general de reserva general, se ha incumplido la obligación de aplicar la reserva a las plazas de promoción interna, con lo que la reserva se "ha distribuido mal". En realidad, no ha habido distribución de la reserva, sino exclusión pura y simple de ésta en las plazas de promoción interna para "concentrar" la totalidad del porcentaje en las plazas de nuevo

ingreso en los términos ya examinados. La exclusión no puede justificarse por el efecto de concentración, si no existe una razón adicional.

CUARTO.- No desconoce la Sala que la vía de impugnación que aquí se ha seguido conduce a un resultado irregular. En efecto, la oferta de empleo público, aprobada por Acuerdo de 29 de junio de 2006, preveía en su Anexo III la convocatoria de 98 plazas de auxiliares de enfermería, pero sin precisar si se trata de convocatorias de plazas de promoción interna o de nuevo ingreso, por lo que resulta aplicable lo dispuesto en el apartado quinto sobre la distribución de la reserva por la Consejería de Economía y Administración Pública, en los términos ya examinados. No consta esta distribución en los hechos probados, pero sí que se mencionan las convocatorias que la han instrumentado. Así la resolución de 6 de noviembre de 2007 (BOPA), que se impugna en estas actuaciones, convoca 69 plazas de auxiliar de enfermería en turno de promoción interna sin realizar ninguna reserva para discapacitados; dos resoluciones más, con la misma fecha de aprobación y publicación, han convocado en turno libre 22 plazas de nuevo ingreso también sin reserva para incapacitados y 7 plazas de nuevo ingreso reservadas exclusivamente para incapacitados. Se ha optado, por tanto, por una convocatoria independiente y exclusiva para personas con discapacidad, sistema que autoriza el apartado quinto del Acuerdo de 29 de junio de 2006 y que regula el art. 4 del Real Decreto 2271/2004, en el que se aclara que las plazas incluidas en estas convocatorias "se computarán, en todo caso, en el cupo reservado en la oferta de empleo público para su cobertura entre personas con discapacidad". Si se aplica este cómputo, es claro que el número de plazas ofertadas para las personas con discapacidad -un total de 7, aunque sólo en la modalidad de nuevo ingreso- cumple la exigencia de reserva global para el conjunto del grupo profesional, pues supone 5,88 del conjunto de las plazas ofertadas y un 24, 13% de las plazas ofertadas para nuevo ingreso. Por ello, si se anula la convocatoria de promoción interna por no cumplir la reserva específica de esta modalidad, cuando se ha dejado que adquieran firmeza las convocatorias de nuevo ingreso, se están reservando 3 plazas más en turno de promoción interna (el 5% de 69 plazas), que, sumadas a las 7 que ya han sido reservadas el turno de nuevo ingreso, dan un total de 10 plazas reservadas, lo que dobla el porcentaje del 5% de las 98 plazas ofertadas (5 plazas), llegándose, por tanto, a un resultado contrario a la norma y a los derechos de promoción de los restantes colectivos que sufrirían los efectos de una discriminación positiva muy superior a la autorizada por la ley (un 10,28%, por encima incluso del límite de acumulación).

Para evitar este efecto la parte demandante tendría que haber impugnado de forma global la distribución realizada por la Consejería de Economía y Administración Pública o, al menos, de forma conjunta las tres convocatorias de auxiliares de enfermería, pretensión impugnatoria que, dicho sea de paso, correspondería, de acuerdo con la doctrina de la Sala, al orden contencioso-administrativo en la medida en que no afectaría exclusivamente a plazas de promoción interna (sentencias del Pleno de la Sala de 21 de julio de 1992 y 4 de octubre de 2000).

Pero el recurso no ha planteado esta denuncia como causa de impugnación, sino que, como ya se ha dicho, se ha limitado a alegar que la obligación de reserva no afecta a las plazas de promoción interna y que, por tanto, la Administración competente puede excluir, sin necesidad de justificación, estas plazas de la reserva siempre que respete el porcentaje global. Esta impugnación no es aceptable por las razones que ya se han expuesto en el fundamento anterior y la causa que podría justificar la estimación del recurso y la casación de la sentencia recurrida no se ha invocado como motivo de casación. Ahora bien, de acuerdo con una reiterada doctrina, que sintetiza nuestra sentencia de 10 de abril de 2002, "la Sala está vinculada por los motivos legales del

recurso y sólo puede conocer de ellos en la medida en que sean propuestos por el recurrente, de forma que, a diferencia de lo que ocurre en la instancia donde rige el principio «iura novit curia», no es posible estimar el recurso por infracciones distintas de las invocadas en aquél a través de los correspondientes motivos (sentencias de 17 de mayo de 1995, 26 de diciembre de 1995 y 24 de mayo de 2000)".

Por todo ello, procede la desestimación de recurso, como propone el Ministerio Fiscal, sin que haya lugar a la imposición de costas de conformidad con el artículo 233.2 de la Ley de Procedimiento Laboral .

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la CONSEJERIA DE ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y PORTAVOZ DEL GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 19 de mayo de 2008 , en autos nº 5/08, seguidos a instancia de la Asociación Sindical CORRIENTE SINDICAL DE IZQUIERDAS contra dicha recurrente, sobre conflicto colectivo.

Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Roj: STS 6223/2010
Id Cendoj: 28079140012010100704
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 806/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: MILAGROS CALVO IBARLUCEA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Octubre de dos mil diez.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la

unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. ADOLFO MORALES HERNÁNDEZ-SANJUAN actuando en nombre y representación de **DISWORK, S.L.** contra la sentencia de fecha 23 de noviembre de 2009, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación núm. 4247/2009, formulado contra la sentencia de fecha 24 de marzo de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social núm. Treinta y Uno de Barcelona, en **autos núm. 75/2009 y acumulados 76/2009 , 77/2009 y 78/2009 , seguidos a instancia de Dª Vicenta , Dª Marí Jose , Dª María Inés y Dª Adela contra ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A., FRIGICOLL, S.A. y DISWORK, S.L. sobre DESPIDO.**

Ha comparecido en concepto de recurrido la Letrado Dª MARÍA HARO MARTÍNEZ actuando en nombre y representación de **ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A.**

Es Ponente la Excm. Sra. Dª. Maria Milagros Calvo Ibarlucea, Magistrado de Sala

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 24 de marzo de 2009 el Juzgado de lo Social núm. Treinta y Uno de Barcelona dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos: **1º)** Las demandantes han venido prestando servicios para ACCIONA, con la categoría profesional de limpiadoras, haciéndolo en las oficinas que FRIGICOLL, S.A. tiene ubicadas en la calle Blasco de Garay s/n de Sant Just Desvern. No ostentan ni han ostentado en el último año la condición de representante unitaria o sindical de los trabajadores. Sus antigüedades y salario mensual bruto, con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias, son las siguientes:

Vicenta : 01/04/06, 443,85 euros

Marí Jose : 04/05/1998, 1522,89 euros

María Inés : 16/06/06, 1063,41 euros

Adela : 01/04/06, 443,85 euros

(no controvertido).

2º) Por carta de 25/11/08 FRIGICOLL SA comunicó a ACCIONA que con efectos de 31/12/08 pondrían fin al contrato de servicios de limpieza que unía a las partes hasta entonces, relativo a las instalaciones de la primera de las empresas citadas, indicando que la empresa IMAN prestaría los servicios de las instalaciones de todo el grupo FRIGICOLL "conjuntamente con DISWORK" cumpliendo de esta manera con lo estipulado en la LISMI a partir del 1 de enero de 2009, ofreciendo los datos de una persona de contacto para ambas empresas IMAN y DISWORK. (doc. 2 ACCIONA) Tal carta fue aclarada mediante otra de 05/12/08, cuyo contenido se da por reproducido, y en la que se explicitaba que la empresa IMAN CLEANING, S.L. realizaría la limpieza de todas las instalaciones de FRIGICOLL, S.A. excepto del edificio de oficinas donde

trabajaban las actoras, que sería objeto de limpieza por DISWORK, S.L. (documento nº 3 ACCIONA).

3º) DISWORK, S.L. pertenece al grupo IMAN, al que también pertenece IMAN CLEANING, S.L., y es un centro especial de empleo. Presta servicios de mensajería, auxiliar de control, control de parking, limpieza y mantenimiento de instalaciones, y suministros. (doc. 1 ACCIONA).

4º) Desde el día 01/01/09 los servicios de limpieza en las oficinas de FRIGICOLL SA en Sant Just Desvern los realiza DISWORK, habiendo suscrito ambas partes un contrato de arrendamiento de servicios con tal finalidad en fecha 30/12/08 . (folio 303).

5º) Desde el día 01/01/09 a las demandantes no se les ha permitido acceder a su anterior centro de trabajo, y habiendo requerido por burofax a ACCIONA y DISWORK para ser informadas del lugar donde debían acudir a trabajar, la segunda no contestó y la primera les indicó que debían acudir a la empresa DISWORK.

(documental demandantes). 6º) Se intentó la conciliación previa con el resultado en todos los casos de sin avenencia respecto de DISWORK y de intentada sin efecto respecto de las restantes codemandadas por su incomparecencia. (folios 9, 36, 52, 67). " En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Dª Vicenta , Dª Marí Jose , Dª María Inés y Dª Adela

frente a FRIGICOLL, S.A., ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A. y DISWORK, S.L., sobre despido, DECLARO la improcedencia del despido sufrido por las actoras con fecha 31/12/08, condenando a ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A. a estar y pasar por tal declaración y a que readmita a las demandantes en sus puestos de trabajo y en iguales condiciones a las que regían la relación laboral con anterioridad al despido; o, a su opción, que deberá ejercitar en el improrrogable plazo de cinco días, a que abone al actora las indemnizaciones que se dirán, abonando en ambos casos los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, a razón del importe diario que también se indica:

Vicenta : 1.831,50 euros, 14,80 euros diarios

Marí Jose : 24.364,80 euros, 50,76 euros diarios

María Inés : 4.121,06 euros, 35,45 euros diarios

Dª Adela : 1.831,50 euros, 14,80 euros diarios

Que ABSUELVO a FRIGICOLL, S.A., y DISWORK, S.L. de todos los pedimentos deducidos en la demanda. "

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la Letrado Dª MARÍA HARO

MARTÍNEZ actuando en nombre y representación de ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 23 de noviembre de 2009, en la que consta el siguiente fallo: *"Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A, contra la Sentencia de fecha 24 de marzo de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social 31 de los de Barcelona en el procedimiento número 75/2009 , seguido en virtud de demanda de despido formulada por Vicenta , Marí Jose , María Inés y Adela contra la recurrente y DISWORK,S.L., FRIGICOLL, S.A. y en consecuencia, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución, en el único sentido de absolver a la empresa recurrente de las pretensiones ejercitadas en su contra, condenando exclusivamente a DISWORK,S.L, en los mismos términos ya establecidos en la sentencia de instancia. Reintégrese a la empresa recurrente el depósito y consignaciones constituidas para recurrir."*

TERCERO.- Por el Procurador D. ADOLFO MORALES HERNÁNDEZ-SANJUAN actuando en nombre y representación de DISWORK, S.L. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada mediante escrito en el Registro General de este Tribunal el 12 de marzo de 2010. Como sentencia contradictoria con la recurrida se aporta la dictada con fecha 7 de febrero de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , en el Recurso núm. 5189/2006.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 8 de junio de 2010 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días, habiéndolo verificado mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 29 de junio de 2010.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso IMPROCEDENTE. Instruida la Excma. Sra. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 14 de octubre de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las demandantes venían prestando servicios por cuenta de Acciona Facility Services, S.A., en la contrata de limpieza de la que ésta era contratista, siendo Frigicoll S.A. la empresa principal. Efectuada la nueva adjudicación a favor de Diswork. S.A. a partir del 1 de enero de 2009, a las actoras no se les ha permitido la reincorporación a su puesto de trabajo. En suplicación se estimó en parte la demanda por despido, condenando a Diswork S.A y absolviendo a Acciona Facility Services, S.A. que había sido condenada en la instancia. Razona la sentencia recurrida que, pese a ser Diswork S.A. una empresa que ostenta la condición de Centro Especial de Empleo por lo que únicamente contrata a trabajadores que tengan reconocida la condición legal de minusválidos, lo que no consta en las demandantes, no por ello deja de ser de aplicación el Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales para la provincia de Barcelona, en lugar del aplicable a los centros especiales de trabajadores disminuidos físicos y/ o sensoriales de Cataluña para el año 2005, al entender que si la empresa que es centro especial concurre a una contrata en la que la actividad es otra diferente de la de su convenio, entonces está incluyendo su actividad en un ámbito distinto del que le es propio y deberá estar a las normas de dicho ámbito.

Recorre la adjudicataria Diswork S.A. en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 7 de febrero de 2007. En la sentencia de comparación también se discute la responsabilidad de la nueva adjudicataria que asimismo es centro especial de empleo, que necesariamente debe estar constituido por trabajadores minusválidos, como mínimo del 70% de su plantilla, y a la que es de aplicación el Convenio Colectivo de Centros de Asistencia, Atención, Diagnóstico, Rehabilitación y Promoción de Personas con Discapacidad (BOE de 16 de julio de 2005).

La sentencia de contraste confirmó la sentencia que condenaba por despido a la adjudicataria saliente, por considerar que si bien el Convenio Colectivo del sector de limpiezas de edificios y locales de la Comunidad de Madrid prevé la subrogación de la empresa entrante, es lo cierto que no resulta obligatoria la subrogación de un Centro Especial de empleo porque su plantilla debe estar conformada por minusválidos en un 70% y respecto de los trabajadores no minusválidos, aceptar la subrogación posiblemente alteraría los porcentajes establecidos. Añade que en aplicación de la doctrina general sobre subrogación, a falta de norma sectorial que la imponga, sólo

podrá producirse conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

Cuando se produzca la transmisión al nuevo concesionario de los elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, para acabar concluyendo que a la nueva adjudicataria le es de aplicación el XI Convenio Colectivo de Centros de Asistencia, Atención, Diagnóstico, Rehabilitación, Formación, Educación, Promoción e Integración Laboral (BOE núm. 68/2005 de 21 de marzo), con vigencia en todo el territorio nacional y por lo tanto a la Comunidad de Madrid.

Concurren entre ambas resoluciones la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral. No es óbice para ello que los convenios de limpieza de edificios y locales sean los aplicables en distintos territorios al ser idénticas las previsiones en materia de subrogación. En cuanto al Convenio aplicable a las empresas adjudicatarias que son centros especiales de trabajo, ciertamente en el caso de la recurrida se trata del convenio colectivo aplicable a Barcelona y su provincia y afecta a empresas integradas en su totalidad por trabajadores minusválidos mientras que en la de contraste se trata de un Convenio aplicable a todo el territorio nacional y en el que la ocupación de trabajadores minusválidos basta con que sea del 70%, pero aun advirtiendo esa diferencia se producía la contradicción "a fortiori" al declarar la sentencia de comparación ese Convenio como el aplicable.

SEGUNDO .- La recurrente estructura su impugnación de la sentencia en cuatro motivos que en realidad son cuatro apartados de un solo motivo en el que se denuncia la infracción de los artículos 82.3 y 84 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 37 y 38 de la Ley 13/1982 de 7 de Abril, de Integración Social de Minusválidos, artículos 17-1º del Estatuto de los Trabajadores y 37, 38-2 y 42 de la Ley citada y del artículo 1 del Real-Decreto 2273/ 1985 de 4 de Diciembre que regula los centros Especiales de Minusválidos, del artículo 6-2 de la Ley 51/2003 de 2 de Diciembre de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, artículo 2 de la Directiva 2000/78 / CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 y de los artículos 9.12, 14, 35 y 49 de la Constitución Española, del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2002 y de los artículos 41 y 42 de la ley 13/1982 de 7 de Abril , del artículo 12 del Real-Decreto 2273/1985 de 4 de Diciembre, antes citado y del artículo 2 del Real-Decreto 1385/1985 de 17 de Julio en relación con el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

TERCERO.- La argumentación de la censura jurídica que se formula puede ser resumida en dos aspectos básicos, el primero es el del carácter no dispositivo de los Convenios Colectivos que impediría aplicar en este caso el vigente en el ámbito de limpieza de edificios y locales públicos, en detrimento del Convenio Colectivo provincial que rige a los centros especiales de trabajadores disminuidos físicos y/ o sensoriales de Cataluña para el año 2005, y el segundo en que tanto el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores como el artículo 65 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales públicos, actuarían como normas causantes de discriminación indirecta al perjudicar su aplicación , en este caso, la integración de los minusválidos, contemplada en las normas que se citan como infringidas.

Es acertado afirmar que el ámbito de aplicación de los Convenios Colectivos no es dispositivo, pero la recurrente entra en contradicción con los artículos 82.3 y 84 del Estatuto de los Trabajadores cuando pretende desvincularse de la imperatividad del

Convenio Colectivo de empresas dedicadas a la Limpieza de Edificios y Locales en el ámbito de Barcelona y su provincia, descrito en su artículo primero como el siguiente "...empresas y trabajadores de la actividad de limpieza (según el ámbito funcional del artículo 2) que realizan servicios en cualquier lugar de la comunidad autónoma de Cataluña, con independencia de la ubicación de la sede social de la empresa" .

En cuanto a la remisión al aspecto funcional descrito en el artículo 2 su tenor literal es el siguiente "... afectara a la totalidad de empresas y trabajadoras/es que se dediquen a la actividad de limpieza (su mantenimiento y conservación) e higienización de toda clase de edificios, locales, hospitales, centros o instituciones sanitarias y de salud, industrias, elementos de transporte..." con descripción de un largo etcétera.

Figuran excluidos en el artículo 2 los domicilios familiares, con la excepción que contempla de que la titularidad del hogar familiar contraste cualquiera de las actividades descritas con empresas del sector y asimismo al personal laboral de alta dirección.

Ninguna salvedad se incluye que permita, a una empresa regida a su vez por otra norma convencional autoexcluirse de la aplicación de los preceptos cuya vinculación la recurrente rechaza. A su vez, el artículo 1 punto 2.1 del Convenio Colectivo del sector de centros especiales de trabajadores disminuídos físicos y sensoriales de Cataluña para el año 2005 al definir el Centro Especial de trabajo dice: *"Es aquella empresa cualquiera que fuera su forma jurídica, que tenga por objetivo principal asegurar una ocupación remunerada y la prestación de servicios de ajuste personal y social junto con la adecuada formación profesional a favor del mayor número de personas afectadas por una discapacidad, procurando de esta manera su plena integración al régimen de trabajo ordinario, realizando para ello cualquier trabajo productivo y participando regularmente en las operaciones de mercado en concurrencia con otras empresas. En consecuencia, los "Centros especiales de trabajo" podrán por medio de cualquiera de sus propios centros de trabajo o de los de las empresas para los cuales presten sus servicios, dedicarse a cualquier actividad, sea industrial, de manipulación o de servicios en su más amplia gama de posibilidades (jardinería, catering, gestión de estaciones de servicio, administración de fincas, mensajería, buzoneo, limpieza, marketing, publicidad, radio-taxi, entre otros) con objeto de participar en un proyecto sostenible en igualdad de condiciones con el resto de empresas que operen en el mercado, sin olvidar su carácter social y el objetivo de servir de puente hacia el empleo ordinario, potenciando, a tal fin, su adaptación a las exigencias actuales de competitividad como entes empresariales flexibles, capaces de integrar tanto a personas con discapacidad como sin ella."*

Contiene el precepto dos menciones relevantes, participar en un proyecto sostenible en igualdad de condiciones con el resto de empresas e integrar en dicho proyecto tanto a personas con discapacidad como sin ellas.

La norma facilita así que las empresas de este sector puedan incorporarse a cualquier clase de contrata, pero señala que lo hará en igualdad de condiciones con el resto de las empresas y sin desconocer la integración tanto de personas con discapacidad como sin ellas.

Al tiempo que la recurrente tacha el convenio colectivo de cuya aplicación pretende apartarse de norma discriminatoria indirecta, está desconociendo que el mecanismo de la discriminación positiva, por su excepcional naturaleza, deberá estar reflejado de modo expreso bien por voluntad del legislador, bien por el de los negociadores. No sólo no es así en el Convenio Colectivo al que decide acogerse sino que éste, para evitar cualquier posible connivencia defraudatoria de los intereses de los trabajadores no acogidos a este convenio se ocupa de resaltar que la concurrencia con otras empresas lo es en igualdad de condiciones y la finalidad integradora no excluye a los no

discapacitados. Pudo la norma introducir el matiz de discriminación positiva afirmando que la igualdad con otras empresas se lograría privilegiando a las empresas dedicadas a centros especiales, pero no lo hizo. Pudo insistir en la noción de privilegio, obviando toda mención a los trabajadores no discapacitados, pero no lo hizo.

No puede merecer favorable acogida una censura jurídica en la que se invoca el carácter no dispositivo de los convenios colectivos con el propósito de disponer llevando a cabo la técnica de "espiguelo" que la doctrina consolidada rechaza.

CUARTO.- El segundo aspecto abordado por la recurrente es el que se refiere a la discriminación indirecta que, a su juicio, supone la aplicación de los artículos 44 del Estatuto de los Trabajadores y 65 del Convenio Colectivo de Limpiezas de Locales y Edificios Públicos para la provincia de Barcelona.

La Sentencia Tribunal Constitucional núm. 69/2007 (Sala Primera), de 16 abril Recurso de Amparo núm.7084/2002 razona que: *"en relación con el derecho a no ser discriminado, que el Pleno de este Tribunal ha reiterado que la virtualidad del art. 14 CE no se agota en la cláusula general de igualdad, sino que contiene, además, una prohibición explícita de que se dispense un trato discriminatorio con fundamento en los concretos motivos o razones que dicho precepto prevé (por todas, STC 39/2002, de 14 de febrero [RTC 2002\39] , F. 4), (...). Igualmente, se ha destacado que la prohibición del art. 14 CE (RCL 1978\2836) comprende no sólo la discriminación directa o patente derivada del tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras, sino también la encubierta o indirecta consistente en aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o no resultar idónea para el logro de tal objetivo (por todas, STC 13/2001, de 29 de enero [RTC 2001\13] , F. 8, ó 253/2004, de 22 de diciembre [RTC 2004\253] , F. 7)."*

A la luz de esa doctrina y del examen coordinado tanto de los citados preceptos a los que se tacha de discriminatorios como de las normas rectoras del conjunto de acciones encaminadas a lograr la integración de los minusválidos en plenitud laboral y social, no se desprende la procedencia de lo pedido por la recurrente. Así, en el artículo 6-2º de la Ley 51/2003, de 2 de Diciembre : *"2. Se entenderá que existe discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios."*

No es este el caso porque lo perseguido por el Convenio Colectivo de Limpieza en su artículo 65 es la estabilidad de los trabajadores sin distinción basada en su condición física o psíquica sino el mero hecho de haber prestado servicios para la empresa saliente, un fin cuya legitimidad resulta indiscutible.

A idéntica conclusión cabe llegar tras la lectura de los artículos 37, 37 bis y 38.2 de la Ley 13/1982, de 7 de Abril y con total claridad, del artículo 1 del Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre: *"Conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril (RCL 1982\1051), de Integración Social de los Minusválidos, los Centros Especiales de Empleo son aquellos cuyo objetivo principal sea el de realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones del mercado, y*

teniendo como finalidad el asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores minusválidos, a la vez que sea un medio de integración del mayor número de minusválidos al régimen de trabajo normal.

La totalidad de la plantilla de los Centros Especiales de Empleo estará constituida por trabajadores minusválidos, sin perjuicio de las plazas en plantilla del personal no minusválido, imprescindible para el desarrollo de su actividad."

En modo alguno los artículos 44 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 65 del citado Convenio Colectivo tienen un impacto adverso dado que ningún trabajador de la recurrente es objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable, DISWORK, S.L. concurre a una adjudicación a sabiendas de que existen dos personas adscritas al servicio y ningún trabajador de la recurrente cuenta con un derecho previo, ni cabe negar a los reiterados preceptos una exigencia objetiva e indispensable ni la legitimidad de su objetivo, estabilidad en el empleo de los trabajadores en contratas y adjudicaciones, ni falta de idoneidad al instrumento empleado, el de la subrogación.

En consecuencia tampoco la impugnación de la sentencia como contraria al principio de no discriminación en su forma indirecta puede prosperar.

QUINTO.- En consecuencia y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la desestimación del recurso con imposición de las costas a la recurrente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. ADOLFO MORALES HERNÁNDEZ-SANJUAN actuando en nombre y representación de **DISWORK, S.L.** contra la sentencia de fecha 23 de noviembre de 2009, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación núm. 4247/2009, formulado contra la sentencia de fecha 24 de marzo de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social núm. Treinta y Uno de Barcelona, en autos núm. **75/2009 y acumulados 76/2009 , 77/2009 y 78/2009 , seguidos a instancia de D^a Vicenta , D^a Marí Jose , D^o María Inés y D^a Adela contra ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A., FRIGICOLL, S.A. y DISWORK, S.L. sobre DESPIDO.**

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo.Sr. Magistrado D. Maria Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Roj: STS 147/2010 - ECLI:ES:TS:2010:147
Id Cendoj: 28079110012010100015
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 747/2006
Nº de Resolución: 3/2010
Procedimiento: Casación
Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Enero de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, como consecuencia de autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Arona cuyo recurso se preparó ante la Audiencia Provincial de dicha ciudad, compareciendo ante esta Sala el Procurador de los Tribunales D. Manuel Sánchez-Puelles González de Carvajal en nombre y representación de la entidad "Gestevisión Telecinco S.A." y el Procurador de los Tribunales D. Manuel Lanchares Perlado en nombre y representación de D. Leovigildo y D. Rubén . La parte recurrida no ha comparecido ante esta Sala e interviniendo como parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Amparo Duque Martín de la Oliva en nombre y representación de D. Luis Manuel , D^a Flora y D. Dimas , interpuso demanda sobre protección civil del derecho al honor, intimidad y propia imagen contra la entidad "Gestevisión Telecinco S.A." , D. Leovigildo y D. Rubén alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia que : *"1º.- Declare que la conducta desarrollada por el periodista colaborador del programa Crónicas Marcianas D. Rubén , el director del programa D. Leovigildo y la cadena televisiva por la que se emite Gestevisión Telecinco S.A, consistente en la entrevista burlona realizada a D. Dimas ,constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen del actor. 2º.- Se condene a los demandados a estar y pasar por esta resolución abonando a los demandantes la cantidad de trescientos mil euros (300.000 euros) .3º.- Se adopten las medidas previstas en el artículo 9.2 de la citada Ley y muy especialmente se condene a la difusión de la sentencia en el mismo medio en que apareció la intromisión ilegítima en el honor, intimidad personal y familiar y la propia imagen del demandante, siendo a cargo de los demandados los costes de dicha difusión . "*

2.- El Procurador D. Ángel Oliva Tristán Fernández en nombre y representación de la entidad "Gestevisión Telecinco S.A." contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia *" mediante la cual se desestime íntegramente la demanda, con lo demás que en derecho proceda".*

Así mismo el procurador de los tribunales D. Ángel Oliva Tristán Fernández en nombre y representación de D. Leovigildo y D. Rubén ." contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dicte

sentencia "por la que se desestime cuanto se solicita en le escrito de demanda, condenando a la parte actora al pago de cuantas costas se causen en el presente juicio"

3.- El Ministerio Fiscal se personó en autos y contestó a la demanda.

4.- Practicadas las pruebas y expuestas las alegaciones de las partes, se dio por terminada la vista. El Ilustre. Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Arona, dictó sentencia en fecha 27 de diciembre de 2004, cuya parte dispositiva es como sigue *FALLO:* " *Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Dimas , representado por la procuradora D^a Amparo Duque y defendido por el letrado D. Javier Val Uson, y contra Gestevisión Telecinco S.A. representada por el procurador D. Ángel Oliva Tristán y defendida por el letrado D. Ralph Seel debiendo dictar sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1º) Declarar que la conducta desarrollada por el periodista colaborador del programa Crónicas Marcianas, D. Rubén , el director del programa D. Leovigildo y la cadena de televisión por la que se emite Gestevisión Telecinco S.A., consistente en la entrevista realizada a D. Dimas , constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la propia imagen del actor D. Dimas .2º) Condenar solidariamente a los codemandados a pagar al actor D. Dimas la cantidad de quince mil euros (15.000 euros) en concepto de principal por los daños causados al honor y a la propia imagen de D. Dimas .3º) Condenar solidariamente a los codemandados a la difusión de la sentencia en el mismo medio en que apreció la intromisión ilegítima en el honor, y la propia imagen del demandante D. Dimas , siendo a cargo de los codemandados los costes de la difusión.º) Condenar a cada parte a pagar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.*

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación de la parte actora y demandada la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife con fecha 1 de febrero de 2006, dictó sentencia , cuya parte dispositiva es como sigue:" *FALLAMOS:* 1.- *Se desestiman los recursos de apelación interpuestos por las representaciones de la entidad Gestevisión Tlecinco S.A, d. Leovigildo y D. Rubén . 2.- Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Luis Manuel , D^a Flora y D. Dimas . 3.- Se revoca parcialmente la sentencia dictada en primera instancia concretamente el último pronunciamiento referido a la desestimación de la demanda interpuesta por D. Luis Manuel y D^a Flora , confirmandola en todo lo demás. 4.- Se condena a la entidad Gestevisión Telecinco S.A y a D. Leovigildo y D. Rubén al pago de las costas causadas por sus recursos de apelación respectivos, no procediendo hacer pronunciamiento alguno sobre las costas del recurso interpuesto por los demandantes."*

TERCERO .- El procurador D. Juan Manuel Beautell López en nombre y representación de D. Leovigildo y D. Rubén interpuso recurso de casación, basado en los siguientes **motivos:** **Primero:** Vulneración del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo de 1982, en relación con los artículos 1263 y 1300 del Código Civil. **Segundo :** Vulneración del artículo 9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así mismo el Procurador D. Juan Manuel Beautell López en nombre y representación de la entidad Gestevisión Telecinco S.A. interpuso recurso de casación, basado en los siguientes **motivos:** **Primero** Vulneración del artículo 18 de la Constitución Española por la restricción injustificada del concepto del consentimiento en el sentido del artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/82. **Segundo :** Vulneración del artículo 24 de la Constitución Española al carecer los padres de D. Dimas de legitimación activa para interponer demanda .

CUARTO.- Por auto de fecha 8 de julio de 2008, se acordó admitir únicamente los motivos primeros de cada uno de los recursos interpuestos, inadmitiendo los restantes y dando traslado de los motivos admitidos a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal.

QUINTO.- La parte recurrida no comparecida en forma ante esta Sala no formuló alegaciones. El Ministerio Fiscal impugnó ambos recursos interesando su desestimación.

SEXTO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de enero de 2010, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : La base jurídica de la demanda, interpuesta por la representación procesal de D. Dimas es si la entrevista emitida el día 16 de octubre de 2002 por el Programa "Crónicas" Marcianas" de la entidad Gestevisión Telecinco S.A, vulnera el derecho al honor e imagen del actor, puesto que la posible vulneración al derecho a la intimidad fue rechazada en la instancia aquietándose las partes a este respecto.

El escrito de demanda incide en que tanto por el contenido como por la intención de la entrevista se vulneran los derechos fundamentales del actor al denotar gravemente su falta de capacidad y conocimiento perjudicando su imagen pública, careciendo la entrevista divulgada del consentimiento de los padres del actor, quien sufre una minusvalía psíco-física. En primera instancia se estima la acción entablada parcialmente declarando que la entrevista emitida por el programa Crónicas Marcianas en fecha 16 de octubre de 2002 supone una vulneración del derecho a la propia imagen y honor del Sr. Dimas , al sufrir el mismo una minusvalía del 66% que limitan y condicionan su voluntad ; resolución confirmada parcialmente por la sección cuarta de Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

Interponen recurso de Casación las partes demandadas, habiendo resultado admisible únicamente el motivo primero de ambos recursos, que en esencia rebaten el mismo fundamento jurídico de la resolución dictada por la Audiencia Provincial manteniendo al efecto que en ningún caso puede hablarse de la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor o imagen del actor puesto que el mismo prestó su consentimiento y debe estarse a lo dispuesto en el Artículo 2 de la Ley Orgánica 1/82.

SEGUNDO: En su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen y el derecho al honor (art. 18.1 de la Constitución Española) se configuran como derechos de la personalidad, que atribuyen a su titular el primero de ellos la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, impidiendo la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado , como el segundo de ellos- derecho al honor- evitar cualquier ataque por acción o por expresión, verbal o material, que constituya según ley una intromisión ilegítima y dirigido a preservar tanto su sentido objetivo, de valoración social -trascendencia- (entendido como fama o reputación social), como su sentido subjetivo, de dimensión individual -inmanencia-, (equivalente a íntima convicción, autoestima, consideración que uno tiene de sí mismo).

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, establece que no se apreciará intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiere prestado su consentimiento expreso al efecto - artículo segundo - precisando seguidamente en su artículo tercero, que los menores de edad e incapaces su consentimiento deberá ser prestado por ellos mismos, si sus condiciones de madurez lo permiten y de no ser así, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por sus representantes legales, quienes estarán obligados a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado, habiendo de resolver el Juez si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere.

En lo que ahora interesa, estos derechos de la personalidad, gozan de las notas de irrenunciabilidad e inalienabilidad, sólo puede limitarse por el propio titular -consintiendo los hechos o la divulgación de su propia imagen- o por la ley, con la concurrencia de los factores que ella misma delimita.

TERCERO: Sentadas las premisas que preceden y abordando el único motivo admitido con idéntico contenido en los dos recursos, nos encontramos en el caso de autos, con una minusvalía que no es incapacitación o minoría de edad, quedando constancia que el actor fue voluntariamente entrevistado y filmado, no resultando en consecuencia vulnerado su honor e imagen al existir consentimiento. La voluntad se debe presumir a tenor del artículo 2.2 de la citada Ley 1/82 declarando la jurisprudencia de esta Sala al respecto, que no es necesario que el consentimiento se otorgue por escrito, pudiendo deducirse de actos o conductas de inequívoca significación, no ambigüas o dudosas, y declara la Sentencia de 24 de diciembre de 2003 que *«ha de concurrir para poder tener en cuenta el hecho excluyente relevante de responsabilidades que el consentimiento se presente expreso, lo que implica haber alcanzado del autorizante pleno conocimiento del destino por haber mediado información previa suficiente»*, En el caso de autos, recoge expresamente la sentencia de primera instancia que sufría una minusvalía y se deduce - no lo declara como hecho probado- que no hubo consentimiento, pero tal deducción no puede aceptarse, partiendo de que se presume una capacidad normal, mientras no se acredite una incapacidad, y los datos fácticos del procedimiento no permiten negar las condiciones precisas, para apreciar que existió consentimiento para emitir por televisión la entrevista objeto de debate.

Todo ello unido al contexto jocoso del programa de emisión, desprovisto de agresividad difamatoria conlleva estimar el motivo del recurso de Casación formulado, pues si bien resulta poco ético la actuación y comportamiento del medio televisivo, y las personas físicas intervinientes, la misma no es reprochable desde el ámbito estrictamente jurídico, al no suponer socialmente en tal contexto un menoscabo a su fama, dignidad y propia estima.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Primero: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACION interpuestos por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Sánchez-Puelles González de Carvajal en nombre y representación de la entidad "Gestevisión Telecinco S.A." y por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Lanchares Perlado en nombre y representación de D. Leovigildo y D. Rubén contra la sentencia dictada en fecha 1 de febrero de 2006 en grado de apelación, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que CASAMOS y ANULAMOS

Segundo: En su lugar desestimamos la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D^a Amparo Duque Martín de la Oliva en nombre y representación de D. Luis Manuel , D^a Flora y D. Dimas contra los anteriores recurrentes.

Tercero: Condenamos a la parte actora al pago de las costas causadas en primera instancia, sin especial pronunciamiento sobre las producidas en la sustanciación del recurso de apelación y las causadas en el presente recurso.

Cuarto.- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-

Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas

Carceller.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

AI.2) SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias comentadas en el texto (269/94, de 3 octubre; 62/2008, de 26 mayo; 208/2013, de 16 diciembre).

24503 Sala Primera. Sentencia 269/1994. de 3 de octubre de 1994. Recurso de amparo 3.170/1993. Contra Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en impugnación de pruebas de acceso a la Función Pública. Supuesta vulneración del derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos: reserva porcentual de plazas a personas afectadas de discapacidad.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional. Compuesta por don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Presidente, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Vicente Gimeno Sendra, don Rafael de Mendizábal Allende y don Pedro Cruz Villa Ión, Magistrados. ha pronunciado EN NOMBRE DEL REY la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3.170/93. promovido por doña Isabel Patricia Silva Verástegui, representada por el Procurador de los Tribunales don Jesús Verdasca Triguero y asistido del Letrado don José Luis Muñoz González, sobre Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 1993, en impugnación de pruebas de acceso a la Función Pública. Han comparecido la Comunidad Autónoma de Canarias, representada por Letrado de sus Servicios Jurídicos, y don José Suárez Núñez, representado por el Procurador don Carlos Navarro Gutiérrez y asistido de Letrado. Ha sido Ponente el Presidente, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, quien expresa el parecer de la Sala.

1. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 27 de octubre de 1993, don Jesús Verdasca Triguero, Procurador de los Tribunales. en nombre y representación de doña Isabel Patricia Silva Verástegui, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1993 (nol. 4 octubre), en recurso de apelación núm. 673/91, que confirma la Resolución de la Dirección General de la Función Pública del Gobierno Autónomo de Canarias, de 25 de junio de 1990, de nombramiento de funcionarios del Cuerpo Superior de Administradores Generales de la Comunidad Autónoma.

2. El recurso de amparo se fundamentaba en los siguientes hechos:

a) Por Orden de 17 de julio de 1989, de la Consejería de la Presidencia del Gobierno Autónomo de Canarias, se convocaron pruebas selectivas para cubrir plazas de 189 Administradores Generales (cuerpo superior de Administradores de la Comunidad Autónoma), correspondiendo 94 plazas al turno restringido y 95 plazas al turno libre..de las que seis plazas quedaban reservadas a personas afectas por un 33 por 100 de minusvalía física, psíquica o sensorial. siempre que superasen las pruebas selectivas en igualdad de condiciones con los demás aspirantes. El sistema de las pruebas era el de

concurso-oposición, señalándose en la base 12." De la convocatoria que ,<la puntuación final de los aspirantes será la obtenida por la suma de ambas» (oposición y concurso).

b) Concluidas las pruebas, el tribunal calificador hizo pública la relación de aspirantes seleccionados el 27 de marzo de 1990, obteniendo la hoy demandante en amparo una puntuación total de 6,34 puntos, que la hacía ocupar el puesto 189 de la lista total. Tras ella figuraban hasta cinco aspirantes más, que, habiendo superado las pruebas con una puntuación superior a cinco, no alcanzaron a ocupar puestos que les permitiesen el acceso a las plazas ofertadas.

Entre estas personas (ocupando el lugar núm. 195) se encontraba don José Suárez Núñez, con una puntuación de 6,07 puntos.

c) Dentro del plazo establecido al efecto, el día 2 de abril de 1990, la hoy actora tomó posesión de la plaza de funcionaria de carrera.

d) La propuesta del tribunal calificador fue impugnada por don José Suárez Núñez, ante la Dirección General de la Función Pública del Gobierno Autónomo de Canarias. Fundaba su recurso en que padecía una minusvalía física (sordera) del 33 por 100, e invocaba la existencia de la reserva de seis plazas del turno libre para minusválidos. Por Resolución de fecha 25 de junio de 1990, la Dirección General de la Función Pública del Gobierno Autónomo de Canarias estimó el recurso interpuesto, nombrando al recurrente para cubrir la plaza y dejando sin ella a la señora Silva Verástegui.

e) Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, ésta dictó Sentencia, con fecha 3 de diciembre de 1990, en sentido desestimatorio.

f) Recurrida en apelación, la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictó Sentencia, con fecha 20 de abril de 1993, igualmente desestimatoria del recurso interpuesto.

Recordaba la Sala lo establecido en la Ley 13/1982, de 7 de abril, sobre Integración Social de los Minusválidos, que en su art. 38 establecía la obligación de emplear a un porcentaje determinado de minusválidos, tanto en las empresas privadas como en las pruebas selectivas para el ingreso en la Administración Pública. en una línea que luego seguirían la Ley territorial canaria 2/1987, de la Función Pública (art. 79), y la Ley 23/1988, que incluyó en la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública una Disposición adicional decimonovena, según la cual, en las ofertas de empleo público se habría de reservar un cupo no inferior al 3 por 100 de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad de grado igual o superior al 33 por 100, siempre que éstas superen las pruebas selectivas, de modo que progresivamente se alcance el 2 por 100 de los efectivos totales de la Administración del Estado. Y, finalmente, una reserva de esta naturaleza se implantaba también en el Decreto 36/1989, del Gobierno de Canarias, en que se aprobaba la oferta de empleo público para 1989. Un conjunto de normas que respondía a los principios de política social consagrados en el art. 49 C.E. Y que no desconocía los principios derivados de los arts. 14 y 23.2 C.E., pues, aunque el señor Suárez Núñez no obtuvo ningún punto en la fase de concurso, había superado la fase de oposición, obteniendo la calificación requerida para ello. Por lo demás, existiendo dentro del turno libre unas plazas reservadas para minusválidos, en cuya adjudicación debía observarse exclusivamente el orden de puntuación logrado por los aspirantes que habiéndose acogido a dicha reserva habían superado las pruebas, no se habría vulnerado precepto constitucional alguno. sin perjuicio de que. En el conjunto del turno libre, figuraran con el orden correspondiente a su puntuación.

3. La actora estimaba que las resoluciones impugnadas -Resolución de la Dirección General de la Función Pública de Canarias de 25 de junio de 1990 y Sentencias de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 3 de diciembre de 1990 y de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1993- han

vulnerado el art. 14 C.E., en cuanto consagra el derecho de todos a la igualdad, así como los arts. 23.2, 9 y 103 C.E. Unos preceptos que excluyen el privilegio y que no pueden considerarse susceptibles de ser neutralizados por «principios rectores» de la política social, como los contenidos en el art. 49 C.E. En síntesis, las referidas resoluciones han desconocido los principios de mérito y capacidad, para dejar paso al principio de protección de determinados colectivos marginales que lo mismo podría extenderse a otros, como los afectados por el alcoholismo, la drogadicción, la baja renta, o el paro, y que, por muy loable que sea como intención, no alcanza suficiente virtualidad para desconocer aquéllos, en los términos ya expuestos. Finaliza la demanda negando que la diferenciación de trato introducida posea una justificación objetiva y razonable, puesto que la preferencia otorgada al señor Suárez Núñez descansa sobre una condición personal (la limitación sensorial que padece), lo que constituye un criterio de diferenciación prohibido expresamente, por arbitrario. en el art. 14 C.E.. que en este caso perjudica a las personas que, como ella, se encuentran en plena posesión de sus facultades psíquicas y sensoriales. y, además, es un criterio que carece de fundamento, pues dicha limitación sensorial no impidió al señor Suárez Núñez concurrir a las pruebas,' realizarlas en igualdad de condiciones con los demás aspirantes y, antes aun, obtener la licenciatura en Derecho.

Por lo demás, discute la actora la interpretación dada a las bases de la convocatoria por los Tribunales de instancia, en especial porque, a su juicio, la reserva de plazas no tenía el significado que querían darle los órganos jurisdiccionales de instancia. puesto que, al reservarse plazas para minusválidos, la Administración únicamente dispensaba a los que ocupaban dichas plazas del requisito de acreditar mediante certificado médico que no se padecía defecto físico o psíquico. Y porque, contra lo que los Tribunales a qua mantienen, no bastaba sólo con superar la fase de oposición; era preciso superar ambas para superar las pruebas. Por ello no impugnó las bases de la convocatoria, porque no tenían el alcance que después le darían los Tribunales de lo contencioso; y por ello ha de entenderse que dichas resoluciones vulneraron el art. 24.1 C.E.

Por todo lo anterior, solicitaba de este Tribunal que dictase Sentencia estimatoria en la que, declarándose la nulidad de las resoluciones impugnadas, se declare su derecho a la igualdad en el acceso a funciones y cargos públicos, y, en concreto. a ser nombrada funcionaria de carrera del Cuerpo Superior de Administradores Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias. reparándole los daños y perjuicios ocasionados.

4. Por providencia de 13 de diciembre de 1993, la Sección Primera acordó•. teniendo por presentado el escrito. conceder plazo común de diez días a la parte y al Ministerio Fiscal para que efectuasen las alegaciones que considerasen procedentes en relación con la posible concurrencia en la demanda del motivo de inadmisión previsto en el art. 50.1 c) LOTC. por carecer ésta de contenido constitucional.

5. El Ministerio Fiscal efectuó las suyas por escrito registrado el 23 de diciembre de 1993. Y en ellas expresaba su parecer. opuesto a la estimación del recurso de amparo. En primer lugar. por invocarse preceptos no susceptibles de ser defendidos a través de esta vía [arts. 9 y 103 CE, en relación con los arts. 53.1 Y 161.1 b) CE].

Respecto de la alegada infracción del art. 14 C.E. éste no parece haber sido invocado de forma autónoma respecto de los derechos consagrados en el art. 23.2 C.E. Este último precepto contiene un derecho de desarrollo o configuración legal. que en este caso ha de entenderse integrado con las reglas previstas en las Leyes 13/1982 y 23/1988, ambas dictadas en consonancia con lo dispuesto en el art. 49 C.E. Por ello no puede considerarse existente contradicción alguna entre las normas legales citadas y el art. 23.2 C.E.. como se desprende además de la STC 67/1989. Como se destaca en las Sentencias recurridas, en las bases de la convocatoria se establecía una reserva de

puestos para personas afectadas de minusvalías superiores a un determinado porcentaje. y esta reserva en modo alguno supone la existencia de acepción de personas, asegurando el ingreso en la función pública de personas singularmente consideradas. sino que trata de potenciar la integración laboral de sujetos que, por la incapacidad que padecen, se encontrarían en inferioridad de condiciones respecto de los demás concursantes. Además, la reserva de plazas es “lo que su propio nombre indica. de modo que sólo en el caso de no haber suficientes discapacitados que hubiesen obtenido dicha puntuación, las plazas sobrantes hubieran. en su caso. acrecido al turno general; por el contrario. caso de haber más discapacitados que plazas de esta categoría. de no poder entrar los mismos en las plazas ordinarias, quedarían fuera, en tanto en cuanto el tribunal seleccionador no podía proponer más seleccionados que plazas ofertadas ».

Tampoco puede considerarse vulnerado el artº 24.1 C.E.. porque las Sentencias recurridas resuelven la cuestión litigiosa de forma completa. con expresas referencias a la legislación vigente en materia de integración de minusválidos. Por ello la demandante ha recibido una respuesta de los Tribunales a sus pretensiones, y con ello han de considerarse respetadas las exigencias del artº 24.1 C.E., que no ampara el derecho a que prosperen las pretensiones ejercitadas.

6. La demandante de amparo efectuó sus alegaciones por escrito registrado en este Tribunal el 28 de diciembre de 1993; y en ellas, en síntesis, reproducía las contenidas en la demanda de amparo.

7. Por providencia de 31 de enero de 1994, la Sección acordó admitir a trámite el recurso de amparo. Requiriéndose a los órganos jurisdiccionales de procedencia para que remitiesen las actuaciones, y se emplazase a los que habían sido parte en el proceso a quo, para **que compareciesen en amparo, en su caso. en el plazo** de diez días.

El Letrado del Servicio Jurídico de la Comunidad Autónoma de Canarias compareció por escrito registrado el 14 de febrero de 1994. Y por escrito registrado el 23 de febrero de 1994 compareció don José Suárez Núñez. representado por el Procurador don Carlos Navarro Gutiérrez y asistido de Letrado. Por providencia de 16 de mayo de 1994. la Sección acordó otorgar plazo común de veinte días a las partes en el proceso para que evacuaran el trámite de alegaciones previsto en el artº 52 LOTC.

8. El Ministerio Fiscal efectuó sus alegaciones por escrito registrado el 9 de junio de 1994. Tras descartar la viabilidad de las denunciadas vulneraciones de los arts. 9 y 103 C.E.. no susceptibles de ser defendidos a través de la vía del recurso de amparo, tampoco considera que se haya infringido el artº 23.2 G.E., puesto que las normas legales que establecen la reserva de plazas para minusválidos hallan su fundamento constitucional, de una parte, en el artº 49 C.E. De otra. En el respeto de los principios de mérito y capacidad, sin duda observados en este caso. en que los sujetos afectados por minusvalías del tipo de la padecida por el señor Suárez Núñez debían superar las pruebas de aptitud establecidas. Ello descarta que en el caso haya podido haber acepción de personas. Y tampoco puede considerarse desconocido en el artº 24.1 C.E.. en cuanto la actora ha recibido una respuesta adecuadamente motivada en Derecho. Por ello expresa el Ministerio Público su parecer contrario a la estimación del recurso de amparo.

9. La actora realizó sus alegaciones por escrito depositado en el Juzgado de Guardia el 10 de junio de 1994, y registrado en este Tribunal el 15 de junio de 1994. En sus argumentaciones. se reproducían las ya efectuadas en la demanda de amparo. 10. El Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, por escrito de fecha 17 de junio de 1994, evacuó el trámite conferido. En sus alegaciones, subrayaba la racionalidad de la reserva de plazas para minusválidos una vez que. como se desprendía palmariamente de las resoluciones impugnadas. se evidencia que el sujeto favorecido por la medida en

cuestión no fue dispensado de superar las pruebas. aunque en la fase de concurso no obtuviera puntuación de ninguna clase. Se daba la circunstancia. sin embargo, de que el concurso no era eliminatorio. por ello no se vulneraron en modo alguno los preceptos constitucionales invocados por la actora.

En síntesis, y en el caso presente. el sistema de acceso preferente era limitado; se basaba pues en una preponderancia de los discapacitados que no era absoluta y se justificaba. en su conjunto. en la tutela de bienes constitucionalmente protegidos. sin establecerse referencias individualizadas. citándose al efecto, en amparo de la legitimidad de las medidas adoptadas para lograr la igualdad de oportunidades de colectivos como éste. con especiales dificultades de acceso al' mercado laboral. lo dispuesto en el Convenio núm. 159 de la Organización Internacional del Trabajo.

11. Por último, don José Suárez Núñez efectuó sus alegaciones por escrito registrado con fecha 9 de junio de 1994. Y en primer lugar. sostenía que la demanda incurría en el defecto de no haber agotado la vía judicial previa. de ahí que. en este momento procesal, hubiera de ser desestimada. La actora. en efecto. había interpuesto simultáneamente el recurso contencioso-administrativo especial previsto en la Ley 62/1978 y el contencioso ordinario. Habiendo concluido el primero de los procesos, no había sucedido así con el segundo, ya que el 29 de octubre de 1993 se dictó Auto por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Canarias inadmitiendo el recurso de casación de la Sentencia recaída en dicho procedimiento, estando pendiente aún de resolución el recurso de queja.

Entiende el señor Núñez que, aunque el recurso contencioso ordinario no era imprescindible para entender agotada la vía previa, una vez que se optó por esta vía, debe aguardarse a su completa conclusión (AATC 15/1981 Y 82/1981). Sentado lo anterior, entiende la parte que no se ha producido vulneración de derecho fundamental alguno del recurrente, por razones sustancialmente similares a las expresadas por los demás comparecientes y por el Ministerio Fiscal. Por todo lo cual interesa que sea desestimada la demanda de amparo.

Mediante otrosí, el señor Suárez Núñez hace constar que, efectivamente, la actora ha formalizado el recurso de queja, mediante escrito presentado ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1993. 12. Por providencia de 7 de julio de 1994, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 11 siguiente. quedando conclusa el día de la fecha.

II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto del presente recurso de amparo lo constituye una serie de resoluciones, administrativas y judiciales, que entiende la actora que han vulnerado los arts. 9, 103, 14 Y 23.2 C.E., por otorgar preferencia para ocupar la plaza de Administrador General de la Comunidad Autónoma de Canarias a otro aspirante –privándole a ella de la plaza de la que ya había tomado posesión- en atención a que, dada la minusvalía sensorial que aquél padecía, debía beneficiarse de la reserva de plazas para personas que padeciesen discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales iguales o superiores al 33 por 100. Todo ello, con fundamento en lo establecido en las bases de la convocatoria que, a su vez, reproducían el mandato contenido al efecto en la Ley 2/1978, de la Función Pública de Canarias (art. 79), y que en sí mismas la parte no impugna, aunque discrepe de la interpretación que se ha dado de ellas tanto por la Administración como por los Tribunales. Dada la naturaleza mixta del objeto del presente recurso, procede iniciar el análisis de la cuestión de fondo planteada atendiendo a la legitimidad constitucional de la Resolución administrativa impugnada, pues, si se concluye afirmándola, nada podrá objetarse de las resoluciones judiciales que tan sólo se limitaron a mantener lo acordado

por la Dirección General de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

2. Antes de examinar el fondo de la cuestión, tal como queda enunciado en el fundamento anterior, procede analizar la posible concurrencia del defecto de falta de agotamiento de la vía judicial previa que, en esta fase del recurso, conduciría a la desestimación de la demanda [arts. 50.1 a) en conexión con el art. 43.1 LOTC]. Sostiene la representación del señor Suárez Núñez que dicho defecto se habría producido porque la actora -que interpuso simultáneamente un recurso contencioso-administrativo de tutela de los derechos fundamentales, al amparo de lo previsto en la Ley 62/1978 y el ordinario- no había obtenido una resolución firme en el segundo de los procesos interesados, estando pendiente el pronunciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en recurso de queja interpuesto frente al Auto de inadmisión del recurso de casación. Sucede sin embargo que, como se desprende de la propia Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 13 de octubre de 1993 (dictada en el proceso contencioso ordinario y que el señor Suárez Núñez acompaña a su escrito de alegaciones), el objeto de este segundo proceso se circunscribe sola y exclusivamente a pretensiones que tienen su fundamento en la legalidad ordinaria que resulta de aplicación al caso, marginándose expresamente la vertiente relativa a la pretendida infracción de los derechos fundamentales invocados, que queda remitida a lo que se resolviera en el proceso especial previsto en la Ley 62/1978. Siendo el ámbito del recurso de amparo la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas frente a eventuales vulneraciones provenientes de los poderes públicos (art. 53 C.E. y 41 LOTE), es claro que la actora ha agotado la vía judicial, tratando de obtener de los Tribunales ordinarios la tutela de los derechos ahora invocados, por lo que carece de sentido imponer la espera de un pronunciamiento de los Tribunales de lo contencioso que, por el propio planteamiento del recurso, no alcanzaría a subsanar las vulneraciones denunciadas, simplemente, porque se mantienen fuera del objeto de éste.

Por esta razón procede, rechazando esta objeción a la admisibilidad del recurso, conocer de la pretensión de amparo ejercitada en éste.

3. Como se ha puesto de manifiesto por las partes comparecidas y por el Ministerio Fiscal, el verdadero núcleo del recurso lo constituye la denunciada vulneración de los arts. 14 y 23.2 C.E., siendo las referencias a los arts. 9 y 103 de nuestra Norma fundamental argumentos *ad abundantiam*, insostenibles dado el específico núcleo de derechos susceptibles de ser defendido a través del recurso de amparo que se diseña, tanto en la Constitución (arts. 53.2) como en la Ley orgánica reguladora de este Tribunal (art. 41).

En síntesis, la vulneración de los citados preceptos se habría producido, a juicio de la actora, por haber sido preterida en el acceso a la plaza a la que aspiraba en favor de otro concursante, que, habiendo obtenido una puntuación inferior a la suya, se acogió a la reserva de plazas para minusválidos establecida en la convocatoria. Discute la actora en primer lugar que esa reserva existiera efectivamente, y en consonancia con este punto de partida propone una interpretación alternativa de las bases de convocatoria. Pero no es ésta la sede para revisar la interpretación que la Administración y los Tribunales han dado de la legalidad que en el caso resultaba de aplicación. Siendo razonable y fundamentada la interpretación mantenida por los poderes públicos que sucesivamente han intervenido en el caso, para resolver la cuestión planteada ha de partirse, pues, de que en el concurso en cuestión existía una reserva de seis plazas para minusválidos, plazas que acrecerían a las restantes del turno libre si no se cubrieran por personas que reunieran las condiciones requeridas y que, para ser asignadas, se seguiría el orden de

puntuación resultante de la suma de la calificación obtenida en la fase de oposición y en la de concurso.

Sentando lo anterior, la queja de la actora queda centrada en la posible irracionalidad de una diferencia de trato que, al margen de los principios de igualdad en el acceso a la función pública en atención al mérito y la capacidad acreditados, se basaba en una condición de la persona (su discapacidad) que ponía en peor situación a aquellas otras que, aun habiendo obtenido puntuaciones superiores, no se hallaban afectadas por discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales.

4. Así planteada, en la demanda de amparo subyace una doble imputación frente a las resoluciones impugnadas: de una parte, el criterio seguido ha introducido una diferencia de trato discriminatoria, por favorecerse a unos aspirantes frente a otros por razón de una condición personal concurrente en unos y no en otros. De otra parte, y aun suponiendo que el criterio elegido no fuera discriminatorio, se vulnerarían los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública de los resultados obtenidos (art. 23.2 C.E.)

La primera de las imputaciones no puede ser aceptada. La discriminación, tal como es prohibida por el art. 14 de la Constitución, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquéllos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana. No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 CE, es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la O.I.T.) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas. De ahí la estrecha conexión de estas medidas, genéricamente, con el mandato contenido en el art. 9.2 C.E., y, específicamente, con su

plasmación en el art. 49 C.E. Lógicamente, la legitimidad constitucional de medidas de esta naturaleza equiparadora de situaciones sociales de desventaja, sólo puede ser valorada en el mismo sentido global, acorde con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse, en que se han adoptado, adecuándose a su sentido y finalidad.

Por ello no resulta admisible un argumento que tiende a ignorar la dimensión social del problema y de sus remedios, tachando a éstos de ilegítimos por su impacto desfavorable, sobre sujetos individualizados en **los que no concurren los factores de discriminación cuyas consecunciase ha tratado de evitar.**

Sintetizando lo hasta ahora dicho, es claro que la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo, aplicada por la Comunidad Autónoma de Canarias, no vulnera el art. 14 C.E., siendo por tanto perfectamente legítimo desde la perspectiva que ahora interesa, y que además constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 C.E., en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1 CE).

5. Habiéndose descartado que la medida sea discriminatoria, en sí misma considerada, queda ahora valorar su legitimidad desde la perspectiva del derecho a acceder a funciones públicas en condiciones de igualdad, plasmado en el art. 23.2 C.E.

Como se desprende de una reiterada doctrina de este Tribunal, el referido precepto no priva al legislador de un amplio margen de libertad «en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios, y en la determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en consideración», pero establece límites positivos y negativos a dicha libertad que resultan infranqueables.

En positivo, se obliga al legislador a implantar requisitos de acceso a funciones públicas que, «establecidos en términos de igualdad, respondan única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad» (STC 185/1994, fundamento jurídico 3.º; SSTC 293/1993, 353/1993 ó 363/1993, entre otras) y, como consecuencia, desde una perspectiva negativa, se proscribía que dicha regulación de las condiciones de acceso a funciones públicas, «se haga en términos concretos e individualizados», que equivalgan a una verdadera y propia acepción de personas (STC 185/1994, fundamento jurídico 4.º y las que en ella se citan). Con arreglo a esta doctrina es como debe resolverse la impugnación efectuada por la actora en amparo.

A tal fin, conviene hacer una precisión que está ausente del conjunto de razonamientos de la demanda. En efecto, la autoridad administrativa competente ha establecido, de acuerdo con un conjunto normativo que trata de hacer efectivos valores constitucionalmente tutelados y de forma legítima, por las razones antes expuestas, una reserva de plazas en favor de un determinado colectivo de personas con discapacidad física, síquica o sensorial.

Y ello equivale, por la misma naturaleza de la reserva de plazas, a reducir las ofertadas en turno libre, aunque unas y otras se encuentren conectadas por si no se cubriesen las plazas reservadas para los sujetos que reúnan las condiciones específicas al efecto.

No se ha producido, por tanto, una valoración, como mérito, de una condición del sujeto (su discapacidad física, síquica o sensorial) que no tiene anclaje con la aptitud para el desempeño del cargo funcional; se ha intentado promocionar -reiteramos que legítimamente- la inserción profesional de sujetos con dificultades de acceso al empleo, lo que, en sí mismo no sólo no es contrario a la igualdad, sino que la hace posible y efectiva, a través de un mecanismo, la reserva de plazas, que no restringe el derecho de los que opositan a las de turno libre (puesto que éstos acceden a las de su turno en condiciones que no son censurables desde la perspectiva del art. 23.2 C.E.) ni exceptúan a los sujetos favorecidos con la reserva, que quedan obligados a poner de manifiesto su aptitud para el desempeño de las plazas y a acreditar su idoneidad para el desarrollo de las funciones que les son inherentes, asegurándose así la tutela de la eficacia administrativa en la gestión de los intereses generales (art. 103.1 CE). En síntesis, el respeto a los principios consagrados en los arts. 23.2 y 103.3 C.E. es manifiesto cuando presiden el proceso de selección

de los aspirantes, sin que se vean obstaculizados por las reglas previas de distribución de plazas ofertadas cuya legitimidad, ya se ha dicho, no resulta discutible.

Por ello no cabe negar que en el caso, se cumplieron todas y cada una de las exigencias descritas. Los candidatos que podían optar a las plazas reservadas no fueron eximidos de acreditar su aptitud, superando las pruebas, y, sobre esta base común, el acceso de éstos a las plazas tuvo lugar por riguroso orden de puntuación.

Con esta comprobación basta para entender respetadas, en consecuencia, las exigencias del art. 23.2 C.E., debiendo desestimarse el recurso de amparo.

6. En relación, ya concreta, con las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Canarias y de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, imputa la actora a las referidas Sentencias la vulneración del art. 24.1 C.E., por no contener motivación suficiente y razonable para justificar las conclusiones a las que llegan los órganos judiciales. Pero la sola lectura de las referidas resoluciones evidencia hasta qué punto resulta la queja

carente de contenido. Tanto el Tribunal Superior de Justicia como el Tribunal Supremo han examinado detalladamente el significado de las bases de la convocatoria, enmarcándolas en las normas legales que resultaban de aplicación y extrayendo de esta operación unas conclusiones razonadas y ampliamente fundadas. Con ello, como tantas veces ha mantenido este Tribunal, se han agotado las exigencias del derecho a la tutela judicial, que no alcanza a tutelar el derecho del demandante a que prosperen las pretensiones ejercitadas (por todas, SSTC 55/1987 y 174/1987). En atención a lo expuesto procede, también por este motivo, desestimar la demanda y, con ella, el recurso de amparo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional.

POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA.

•

Ha decidido

Desestimar el recurso de amparo.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a 3 de octubre de 1994.-Miguel

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.-Fernando García-Mon y González-Regueral.-Carlos de la Vega Benayas.-Vicente Gimeno Sendra.-Rafael de Mendizábal Allende.-Pedro Cruz Villalón.-Firmado y rubricado.

10785 Sala Primera. Sentencia 62/2008, de 26 de mayo de 2008. Recurso de amparo 3912-2005. Promovido por don Eugenio Díaz Zarza frente a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y de un Juzgado de lo Social de Madrid que declararon la improcedencia de su despido por Cotobial, S.A. Supuesta vulneración del derecho a no ser discriminado por circunstancias personales en relación con la salud: despido por enfermedad incapacitante para el trabajo. Voto particular.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado EN NOMBRE DEL REY la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3912-2005, interpuesto por don Eugenio Díaz Zarza, representado por el Procurador de los Tribunales don Eduardo Muñoz Barona y asistido por el Abogado don Román Gil Alburquerque, contra la Sentencia de 12 de mayo de 2003 de la Sección Sexta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en el recurso de suplicación núm. 1659-2003, y contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 35 de Madrid, de 11 de diciembre de 2002, que declararon la improcedencia de su despido rechazando la pretensión principal de nulidad, por considerar que vulneran el derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE) por causa de enfermedad, así como el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) en relación con el derecho a la protección de la salud. Han intervenido el Ministerio Fiscal y Cotobial, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Paloma García González y asistida por el Letrado don Antonio de la Fuente García. Ha sido Ponente la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 27 de mayo de 2005, el Procurador de los Tribunales don Eduardo Muñoz Barona, actuando en nombre y representación de don Eugenio Díaz Zarza, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales citadas en el encabezamiento por considerar que vulneran el derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE) por causa de enfermedad, así como el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) en relación con el derecho a la protección de la salud.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) El demandante de amparo prestó servicios en la empresa, Cotobial S.A., desde el día 16 de julio de 2002, ostentando la categoría profesional de oficial primera albañil. Fue contratado mediante un contrato de trabajo fijo de obra.

b) La entidad mercantil le notificó su despido el 12 de septiembre de 2002, en los términos que e transcriben a continuación:

«Ha venido en conocimiento de esta empresa una conducta que le obliga a tomar una medida disciplinaria. En efecto, ha quedado acreditado que Vd. actúa con conocimiento de una onducta vulneradora, al ser conocedor de que tiene una lesión/enfermedad previa

en las vértebras cervicales que le impiden trabajar en la construcción, constituyendo la misma un incumplimiento contractual culpable y por tanto una transgresión de la buena fe contractual.

Se desconocía por esta empresa en su contratación y que Vd. nos ocultó intencionadamente, su lesión/enfermedad y sus continuas bajas por la misma en otras empresas del sector como nos ha confirmado con posterioridad, como bien sabe Vd. la indicada conducta es constitutiva de un incumplimiento grave y culpable por su parte de las obligaciones, que presididas siempre por la buena fe tiene para con esta empresa, de acuerdo con lo que prevé el art. 54.2 D) del ET de 24.03.1995.

Visto por tanto la indicada conducta acreditada y el precepto mencionado esta empresa ha tomado la decisión de sancionarle a Vd. con el despido disciplinario, que tendrá efectos a partir del día 13.09.2002, incluido fecha a BOE núm. 154 Suplemento Jueves 26 junio 2008 27 partir de la cual deberá Vd. abstenerse en lo sucesivo de venir a esta empresa para prestar sus servicios laborales

al quedar desde la misma extinguido el contrato de trabajo que le unía a la empresa, tal y como se establece en el art. 49.1 K) del citado Estatuto. Le comunicamos que tiene a su disposición la liquidación por saldo y finiquito.

Atentamente, Santiago Alcalá Toca. Cotobial, S.A.»

c) El actor causó baja por incapacidad temporal el día 18 de febrero de 1997. Incoado expediente sobre invalidez permanente, la Dirección Provincial de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) dictó Resolución de 22 de diciembre de 1998 declarando que no estaba afecto de incapacidad permanente alguna, por no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyeran o anulasen su capacidad laboral. Presentaba en aquella fecha el siguiente cuadro clínico residual: cervicodorsolumbalgia crónica y mareo con imágenes de protusión discal L5-S1 y de herniación discal C6-C7, espondilosis cervical.

d) El día 2 de septiembre de 2002, ya vigente el contrato de trabajo con Cotobial, S.A., causó nueva baja por incapacidad temporal. Se incoó expediente al objeto de valorar una posible incapacidad permanente y por Resolución del INSS de 6 de noviembre del mismo año se declaró que el actor no estaba afecto de grado alguno de incapacidad permanente, sin que conste que dicha resolución haya adquirido firmeza. El cuadro clínico que presentaba, tal y como se recoge en la resolución del INSS, era el siguiente: «Arterioesclerosis sistémica pronunciada (Doppler intracraneano, no fechado). Hernia discal C6-C7 (informe RNM 2.04.98), informe RNM 22.09.00 osteofito post derecho en C6-C7 que estenosa el canal, médula aparentemente sin alteraciones signif. Protusiones L4-L5 y L5-S1. Tabaquismo. Y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: Refiere cervicalgia, temblor miembros y mareos con esfuerzos, parestesias región occipital y manos». e) Según recoge la Sentencia de instancia en sus hechos probados, el Sr. Díaz Zarza tiene problemas de espalda desde hace siete u ocho años, ha tenido varios procesos de incapacidad temporal, es ayudado en ocasiones en el trabajo por su hijo y se negó a montar andamios; entregó al encargado una hoja con el teléfono de un médico para que le informara de su situación clínica. f) En escrito de 23 de octubre de 2002 promovió demanda de despido contra Cotobial, S.A., con la súplica de que se dictase Sentencia en la que se declarara la nulidad o subsidiariamente la improcedencia del acto extintivo, solicitando en concepto de daños morales por discriminación una indemnización de 6.000 euros.

Dictó Sentencia el Juzgado de lo Social núm. 35 de Madrid, de fecha 11 de diciembre de 2002. En cuanto a la pretensión de nulidad del despido, con cita de la STS de 29 de enero de 2001, razona el juzgador que la enfermedad desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento

del contrato no se considere rentable para la empresa, no puede considerarse un factor discriminatorio con la perspectiva del art. 14 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación. Y el despido en este caso, a su juicio, se habría producido en atención a la ocultación de los periodos de baja previos del trabajador, y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en él, lo que determina la improcedencia del acto extintivo, no su nulidad.

En relación con la petición de indemnización, afirma la resolución judicial que el trabajador se mita a pedir en el suplico de su demanda la condena a la empresa del abono de 6.000 euros sin hacer alusión al perjuicio adicional que con el despido se le haya podido producir, ni identificar el daño y perjuicio producido, así como su alcance, y sin aclarar en el acto de juicio los parámetros determinantes de la indemnización, ni practicar prueba al respecto. Añade que tampoco procede abonar los salarios dejados de percibir, pues el actor fue despedido cuando se encontraba en situación de incapacidad temporal, quedando exonerado el empresario de la obligación de pago (art. 45.2 LET), ya que lo procedente es el abono de las correspondientes prestaciones de incapacidad temporal, bien mediante el pago delegado de la empresa o mediante el abono directo por parte del INSS. g) Frente a la Sentencia de instancia, recurrió el trabajador en suplicación reiterando la pretensión de nulidad del acto extintivo, aduciendo infracción de los arts. 14 y 40.2 CE, 4.2 c) LET, 25.1 de la Ley de prevención de riesgos laborales, 55.5 LET y 108.2 y 180.1 LPL, al considerar vulnerado el derecho fundamental a la no discriminación por circunstancias personales (estado de salud).

El día 12 de mayo de 2003 dictó Sentencia la Sección Sexta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimatoria del recurso. Según el Tribunal, es cierto que el trabajador está afectado por lesiones cervicales y lumbares, lo que ha propiciado varios procesos de incapacidad temporal, aunque no haya merecido el reconocimiento de una incapacidad permanente en ninguno de sus grados, así como que tal situación subyace como razón última de la decisión extintiva, aunque ésta apareciera formalmente amparada en la transgresión de la buena fe contractual por la ocultación de aquellos datos. Sin embargo, tal situación no sólo no excluye sino que justifica la aplicación de la doctrina que cita la resolución recurrida y que se contiene en la STS de 29 de enero de 2001, a saber: «la referencia del inciso final del artículo 14 de la Constitución no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Lo que caracteriza la prohibición de discriminación, justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas, es, como dice la sentencia de 17 de mayo de 2000, el que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. La enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde un punto de vista estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación». Con base en ello, concluye, no es de apreciar

causa de nulidad en el despido del recurrente, al no darse, junto a la enfermedad, otra circunstancia que revelara la discriminación aducida.

Tampoco se acoge el segundo motivo del recurso, referido a la petición de indemnización, habida cuenta que su formulación está supeditada al éxito del primero de los motivos, que no prosperó, además de no haberse concretado los parámetros para su cuantificación, como ya razonó la Sentencia de instancia.

h) El proceso judicial se cerró con el Auto del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2005, que inadmitió el sucesivo recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de contradicción (art. 217 LPL). 28 Jueves 26 junio 2008 BOE núm. 154 Suplemento 3. El demandante de amparo denuncia la vulneración de su derecho a la igualdad y a la no discriminación por causa de enfermedad temporal, protegido por el art.14 CE, así como el derecho a la integridad física y moral (que incluye la protección a la salud) garantizado por el artículo 15 CE.

Considera que un despido de tales características debe ser calificado como nulo por vulnerar el derecho fundamental a la no discriminación por circunstancias personales, entre las que debe hallarse el estado de salud del trabajador. Asimismo, un despido por enfermedad transitoriamente discapacitante para el trabajo vulnera el derecho fundamental a la integridad física y moral garantizado por el art. 15 CE, toda vez que el trabajador demandante tenía derecho a la recuperación de su salud sin verse perjudicado por ello. El demandante había sido reiteradamente valorado por el INSS, declarándose en fecha 22 de diciembre de 1998, y de nuevo en fecha 6 de noviembre de 2002, que no se encontraba incapacitado en grado permanente, por no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyeran o anulasen su capacidad laboral, y ello por más que, según indica el sexto de los hechos probados, «el actor tiene problemas de espalda desde hace 7 u 8 años», lo que le ha provocado «varios procesos de incapacidad temporal». Se trata de un caso común: un albañil de cincuenta y cuatro años al momento de su despido que, tras varias décadas de trabajo en la construcción, sufre problemas de espalda. Sin embargo, el organismo público encargado de valorar la limitación laboral de tan comunes lesiones ha concluido, reiteradamente, que está perfectamente capacitado para continuar desempeñando su profesión habitual, y tal vez con razón: es probable que el trabajador sufra las típicas dolencias de espalda de quien durante tantos años la ha forzado en un trabajo que lo exige, pero sin que ello signifique que esté incapacitado para las tareas fundamentales de su profesión.

La prevalencia del criterio de rentabilidad empresarial frente a la protección de la salud se pretende fundamentar por las resoluciones judiciales en la Sentencia dictada en casación para la unificación de doctrina por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2001. En relación con dicha Sentencia el recurso argumenta en un doble sentido. En primer lugar, afirma que el Tribunal Supremo se limita a avalar un despido con causa en las prolongadas bajas de un trabajador, pero parece estimar que vulnera el derecho a la no discriminación un hipotético despido por motivos de salud sin repercusión en la aptitud para el trabajo (y, en el presente caso, el actor ha sido reiteradamente declarado apto por el INSS) cuando aún no se haya producido una larga baja por incapacidad temporal —el aquí recurrente sólo había estado diez días de baja cuando se produjo su despido. Por otra parte, la empresa explica con claridad en la carta de despido que no es por la duración no rentable de la baja por lo que acuerda la extinción del contrato, sino por la ocultación del estado de salud, por más que tal estado de salud no sea, objetivamente, incapacitante, y por más que el estado de salud no incapacitante sea, en el ámbito de la relación laboral, una cuestión tan estrictamente íntima que en los partes de baja emitidos por los servicios públicos de salud nunca se

explicita –art. 18.1 CE. Por tanto, la citada Sentencia del Tribunal Supremo no sería de aplicación al presente litigio.

Por lo demás, tampoco comparte el recurrente el criterio de la citada Sentencia. El Tribunal Supremo razona que la enfermedad, en el sentido genérico de una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por la empresa, no implica la utilización de un factor discriminatorio prohibido. El recurso discrepa puesto que, históricamente, la enfermedad ha sido una de las plagas socialmente excluyentes que más gravemente ha afectado a la humanidad. La enfermedad siquiera temporal y pasajera, y aún la no total y definitivamente incapacitante, ha sido una causa habitual de ruina económica de los trabajadores. De hecho la Seguridad Social nace con la intención de paliar tan grave causa de exclusión social. Y lo hace articulando un mecanismo gradual y equilibrado: prestación de incapacidad temporal mientras persista una falta de capacidad temporal para el trabajo, y pensión de invalidez, con extinción de la relación laboral, cuando las lesiones definitivamente inhabiliten al trabajador para prestar su actividad laboral. Esto es, es precisa la armonización de trabajo y enfermedad; la inclusión social frente a un mercado extremo que no distingue entre bienes materiales y personas; la armonización, en suma, de rentabilidad empresarial y dignidad del trabajador. Permitir que la incapacidad temporal justifique la extinción del contrato de trabajo es una quiebra del Estado social y democrático de Derecho al que aspira nuestra Constitución, y equivale a una cruel mercantilización que retrotrae a la relación laboral, al menos en tal aspecto, a los tiempos laboralmente oscuros de los inicios de la revolución industrial. De hecho, las garantías antidiscriminatorias avaladas por la Constitución se llevan a cabo, frecuentemente, en detrimento de la pretendida «funcionalidad» que mantiene el Tribunal Supremo en la doctrina aplicada al caso (cita, a tal fin, la protección de la maternidad o la protección de los liberados sindicales, pese a que en esos casos la situación puede no ser funcionalmente rentable para la empresa). En definitiva, la limitación funcional de un trabajador que no le inhabilite de forma objetiva y definitiva para su trabajo no puede erigirse en causa de despido. Despedir con tal causa es discriminatorio.

Y suplica, por todo lo expuesto, que se anulen Sentencias del Juzgado de lo Social núm. 35 de Madrid, de 11 de diciembre de 2002, y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 12 de mayo de 2003, declarándose asimismo la radical nulidad del despido sufrido con los efectos legalmente inherentes a tal declaración y, en consecuencia, se condene a la empresa demandada a readmitirle en las mismas condiciones que disfrutaba con anterioridad a su despido, abonándosele los salarios devengados desde la fecha del despido hasta que tal readmisión se produzca, así como una indemnización de 6.000 euros en concepto de daños morales, previa devolución, en su caso, de los autos al Tribunal Superior de Justicia de Madrid con el fin de que imponga la indemnización interesada, toda vez que la nulidad radical del despido con sus oportunos efectos puede ser directamente declarada por el Tribunal Constitucional.

Por providencia de 15 de noviembre de 2006, la Sección Primera de este Tribunal acordó admitir a trámite el recurso de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir al Tribunal Supremo, Tribunal Superior de Justicia de Madrid y Juzgado de lo Social núm. 35 de Madrid para que en el plazo de diez días remitieran, respectivamente, testimonio del recurso núm. 3601-2003, recurso de suplicación núm. 1659-2003 y autos 944-2002, interesándose al propio tiempo que se emplazase a quienes fueron parte en el mencionado procedimiento, con excepción del recurrente en

amparo, ya personado, para que pudieran comparecer en este proceso constitucional, con traslado a dichos efectos de copia de la demanda presentada.

El día 27 de diciembre de 2006 tuvo entrada en este Tribunal escrito de la Procuradora de los Tribunales doña Paloma García González, en el que solicitaba se tuviera por personada en este procedimiento de amparo a Cotobial, S.A. En posterior diligencia de ordenación, de 29 de enero de 2007, se acordó en el sentido solicitado. BOE núm. 154 Suplemento Jueves 26 junio 2008 29 Igualmente, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, se procedió a dar vista de todas las actuaciones del presente recurso de amparo, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho conviniera. 6. El recurrente en amparo evacuó ese trámite el día 15 de febrero de 2007, ratificándose íntegramente en las alegaciones contenidas en su demanda.

Cotobial, S.A., presentó sus alegaciones el día 21 de febrero de 2007, oponiéndose al amparo interesado. Destaca, en primer lugar, que en el recurso de suplicación la parte recurrente no alegó el art. 15 CE, derecho fundamental que, en todo caso, no habría resultado vulnerado porque al trabajador nunca se le ha negado el derecho a la protección de la salud ni a la asistencia médica. En segundo lugar, respecto del encuadramiento del asunto litigioso en el art. 14 CE, subraya que en la anterior normativa laboral, cuando era objeto de despido un trabajador que se encontraba en situación de incapacidad laboral transitoria, hoy incapacidad temporal, la calificación de dicha decisión extintiva era la de la nulidad. Pero se produjo una reforma normativa que afectó a este tema concreto, habiendo quedado excluida la nulidad de un despido de esas características. En el caso concreto, la empresa entendió que el trabajador incurrió en transgresión de la buena fe contractual al haber ocultado su estado de salud. Lo que se penaliza, así pues, es la transgresión de la buena fe contractual, pues de haber puesto de manifiesto sus dolencias el trabajador no hubiera sido contratado. Que ya en 1998 el trabajador instara ser declarado en situación de invalidez permanente, revela que era conocedor de sus limitaciones funcionales y de que su estado patológico le impedía realizar las funciones propias de su categoría profesional de oficial primera albañil. Ese dato avala la decisión empresarial, toda vez que el propio trabajador con sus actos prueba que no se encuentra capacitado para el desempeño de su profesión habitual, pese a lo cual ocultó a la empresa sus problemas de espalda.

Frente a ello, no es suficiente la mera alegación de que la causa del despido es la enfermedad del actor, pues bajo esa premisa todos los despidos producidos en situaciones de baja por enfermedad deberían ser declarados nulos (o, en su caso, procedentes), como sucedía con anterioridad a la modificación operada en el Estatuto de los trabajadores en 1994. El despido de los trabajadores cuando el contrato se encuentra suspendido ya no constituye un despido nulo (con las consecuencias que ello implica), sino que en esos supuestos, si la extinción es injustificada, procede declarar su improcedencia, quedando reducido al ámbito del despido nulo exclusivamente a los casos en que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, como preceptúa el art. 55.5 LET.

El 1 de marzo de 2007 presentó su escrito de alegaciones el Ministerio Fiscal, interesando el otorgamiento del amparo. En su criterio, es obligado plantear la cuestión con la doble perspectiva de la pretendida obligación del trabajador de facilitar sus datos médicos, y la de la legitimidad de una decisión empresarial que con base en la situación clínica de un trabajador a su servicio resuelve el contrato mediante la adopción de una medida disciplinaria. El análisis deberá centrarse, entonces, en la posible afectación del derecho a la intimidad personal del artículo 18.1 CE, y en la correspondiente al derecho

a la igualdad y no discriminación y el derecho a la integridad física de los artículos 14 y 15 CE, sobre los que extensamente se argumenta en la demanda.

La demanda de amparo considera que la enfermedad es por sí misma un motivo de discriminación, ya que ha supuesto históricamente una causa de exclusión social. Sin embargo, sostiene el Fiscal, se hace preciso distinguir entre la mera enfermedad, como alteración transitoria más o menos grave de la salud y que por lo tanto es susceptible de afectar a lo largo de su vida a cualquier ser humano, de aquel otro concepto que pudiera acaso denominarse como enfermedad avanzada o enfermedad recurrente, en la cual se alcanza un cierto grado de irreversibilidad, ya que la recuperación de la salud no resulta plena y definitiva (dentro de la natural evolución biológica de la vida), o al menos un cierto grado de permanencia en el tiempo. Existiría entonces una categoría intermedia situada entre la simple enfermedad y la discapacidad, caracterizándose ese *tertium genus* como una suerte de disfuncionalidad periódica, con base en una patología facilitadora de la cíclica aparición de la enfermedad, sin que ésta, no obstante, llegue a poseer un carácter definitivamente invalidante. Esta es la situación que se expone en la demanda de amparo y que se recoge como hecho probado cuando se describe el cuadro clínico del actor. Esa especial categoría de enfermedad no resulta en modo alguno ajena a la normativa laboral, ya que el artículo 52 d) LET, al relacionar los supuestos justificativos de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, contempla el denominado absentismo laboral, entre otras, por causa de enfermedad, señalando a tal efecto en el primer párrafo del mencionado apartado que el citado «absentismo» se producirá por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes. El segundo párrafo de ese apartado, por su parte, excluye de la calificación de «faltas de asistencia» a las que se produzcan, entre otras razones, por enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja tenga una duración de más de veinte días consecutivos. Implícitamente parece, pues, reconocerse que, junto a la enfermedad no laboral «ordinaria», existen otras que por su base patológica derivada de alguna limitación orgánica o funcional, y por precisar de un tiempo de curación superior al habitual, no pueden ser calificadas en perjuicio del trabajador como «faltas de asistencia intermitentes» justificadoras de una hipotética decisión empresarial extintiva de la relación laboral. Bajo esas circunstancias, en consecuencia, si es posible identificar una categoría equidistante entre la genérica enfermedad y la discapacidad, podrá entonces afirmarse la existencia de un grupo social de características personales determinadas de las que no participa el resto de la sociedad, al que, como sostiene la demanda de amparo, se situaría en un espacio intermedio en el que no se alcanza la protección que dispensa el Ordenamiento jurídico para el normal mantenimiento de la relación laboral de sus individuos, ni tampoco la que el citado Ordenamiento prevé para aquellos supuestos en los que, ante una discapacidad o situación invalidante, se despliega la acción protectora de la Seguridad Social mediante el reconocimiento de una situación de incapacidad permanente y el correlativo devengo del derecho a una pensión. Ese grupo de trabajadores puede ver sucesivamente extinguida su relación laboral con diferentes empresarios, resultando abocados a una inacabable búsqueda de un puesto de trabajo, del que en el caso de obtenerlo podrán ser privados con toda probabilidad al causar cualquier baja médica que precise la curación de su específica limitación funcional. Por tanto, resultarán –como el recurrente– indirectamente expulsados del mercado de trabajo, y a la vez no podrán obtener la protección de la Seguridad Social al no ser sus dolencias susceptibles de calificarse como incapacitantes con carácter definitivo y permanente.

Se cumplirían así, concluye el Fiscal, los dos requisitos necesarios para estimar la realidad de una situación discriminatoria: la exclusión social (imposibilidad de

permanen30 Jueves 26 junio 2008 BOE núm. 154 Suplemento cia en el mercado como fuerza de trabajo y consecuente falta de obtención de ingresos), y la pertenencia a ese grupo o colectivo caracterizado por el padecimiento de enfermedades capaces de generar faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas, pero intermitentes [artículo 52 d) LET]. Para evitarlo es necesaria la asimilación de esta situación a la de la discapacidad, y en consecuencia apreciar como lesiva del derecho fundamental a la igualdad la conducta del empresario que otorga un tratamiento diferenciado a un trabajador por razón de una particular condición personal o social (art. 14 CE).

Existe un segundo argumento, prosiguen las alegaciones del Fiscal, que abona las tesis del recurrente sobre la nulidad de su despido, cual es la afectación del derecho a la intimidad personal del art. 18.1 CE. La demanda de amparo no efectúa una explícita invocación de dicho precepto, aunque se ofrecen abundantes referencias al hecho de que el despido del trabajador tuvo su origen en la ocultación de su enfermedad al empleador, por lo que hay en el recurso un planteamiento de fondo que incide en la afectación del mencionado derecho fundamental. Esto así, se sometería al Tribunal el problema de la reprobación constitucional que merezca la exigencia por parte del empresario de reclamar el previo conocimiento de los datos clínicos del trabajador. Y en su criterio, que apoya en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, la obtención incontestada de datos clínicos por parte del empresario, o desde su opuesta perspectiva, la sanción consistente en el despido disciplinario del trabajador por razón de la falta de temporánea comunicación de su estado de salud, constituye una evidente lesión del derecho fundamental a la intimidad personal del art. 18.1 CE.

Por todo ello, el Fiscal interesa el otorgamiento del amparo solicitado, declarándose la vulneración de los arts. 14 y 18.1 CE, la nulidad de las Sentencias recurridas y la nulidad del despido del trabajador demandante de amparo. 9. Por providencia de 22 de mayo de 2008, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 26 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Conforme se ha dejado expuesto en los antecedentes, la demanda de amparo se dirige contra la Sentencia de 12 de mayo de 2003 de la Sección Sexta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en el recurso de suplicación núm. 1659-2003, y contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 35 de Madrid, de 11 de diciembre de 2002, que declararon la improcedencia del despido del recurrente en amparo, rechazando la pretensión principal de nulidad. Denuncia la demanda de amparo la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE) por causa de enfermedad, así como del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), en relación con el derecho a la salud. Sostiene el demandante de amparo que su despido, motivado por las dolencias padecidas, debe ser declarado nulo por lesionar dichos derechos fundamentales. A su juicio, frente al criterio de rentabilidad empresarial debe prevalecer la no discriminación por circunstancias personales, entre las que se halla el estado de salud del trabajador. Los órganos judiciales han concluido que la enfermedad, en el sentido genérico de una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio prohibido, y el demandante discrepa afirmando que históricamente la enfermedad ha sido una de las plagas socialmente excluyentes que más gravemente ha afectado a la humanidad, y que, por ello, permitir que la incapacidad temporal justifique la extinción del contrato de trabajo es una quiebra del Estado social y democrático de Derecho, debiendo aplicarse las garantías

antidiscriminatorias reconocidas por la Constitución en detrimento de la pretendida «funcionalidad» del trabajo y del interés empresarial. Asimismo, mantiene que un despido por enfermedad transitoriamente discapacitante para el trabajo vulnera el art. 15 CE, en tanto que el derecho a la integridad física y moral que este precepto consagra integra la protección de la salud (art. 43.1 CE), pues el recurrente tenía derecho a la recuperación de su salud sin verse perjudicado por ello con una decisión extintiva. Finalmente indica que el estado de salud no definitivamente incapacitante es, en el ámbito de la relación laboral, una cuestión estrictamente íntima, hasta el punto de que en los partes de baja emitidos por los servicios públicos de salud nunca se explicita la enfermedad justificativa de la baja ni se informa de ella al empleador, aunque éste lo requiera, con base en el art. 18.1 CE.

El Ministerio público interesa la estimación del recurso de amparo por entender que se ha producido la vulneración de los arts. 14 y 18.1 CE, mientras que solicita su desestimación Cotobial, S.A., conforme a las alegaciones que han quedado recogidas con detalle en los antecedentes de la presente resolución.

2. Existiendo diversas alegaciones, tanto de Cotobial, S.A., como del Ministerio Fiscal, sobre la invocación por el recurrente de los derechos fundamentales consagrados en los arts. 15 y 18.1 CE, será necesario analizar con carácter previo el cumplimiento del requisito del art. 44.1 c) LOTC.

Como se sabe, la finalidad de preservar la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo ha guiado la interpretación del mismo y el contenido mínimo del que debe dotarse a la invocación para que pueda considerarse cumplida. En tal sentido, hemos rechazado una interpretación literal o excesivamente rigorista, aunque el rechazo de tal entendimiento formalista no ha llegado ni puede llegar a un vaciamiento absoluto de un precepto legal cuya ordenación responde a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo, que se desprende claramente del art. 53.2 CE, de modo que el titular del derecho fundamental debe facilitar su protección y hacer posible, con su invocación, que el órgano judicial remedie la presunta violación del correspondiente derecho. En ese sentido, en numerosas resoluciones que constituyen un cuerpo jurisprudencial consolidado, este Tribunal ha declarado que, si bien la invocación formal exigida por el art. 44.1 c) LOTC no supone necesaria e inexcusablemente la cita concreta y numérica del precepto de la Constitución en el que se proclama el derecho o los derechos supuestamente vulnerados, ni siquiera la mención de su *nomen iuris*, la invocación ha de efectuarse, sin embargo, de manera que se cumpla la finalidad perseguida con su exigencia, lo que significa que se ha de ofrecer base suficiente para que, en la vía judicial, puedan onocerse las concretas vulneraciones de derechos fundamentales después aducidas en el recurso de amparo, lo que requiere, al menos, una delimitación del contenido del derecho que se dice vulnerado o, en otras palabras, que el tema quede acotado en términos que permitan a los órganos judiciales pronunciarse sobre el mismo. Así, hemos señalado que lo decisivo es que, a través de las alegaciones que se formulen en la vía judicial, de los términos en que se ha planteado el debate en la vía procesal o de la descripción fáctica o histórica de los datos o circunstancias de hecho de la violación del derecho fundamental o del agravio del mismo, se permita a los órganos judiciales su conocimiento en orden a que, de un lado, puedan argumentar y pronunciarse sobre la cuestión y, de otro, reparen, en su caso, la vulneración aducida (entre las más recientes, STC 211/2007, de 8 de octubre, FJ 3). BOE núm. 154 Suplemento Jueves 26 junio 2008 31 También tiene declarado este Tribunal que el momento procesal oportuno para la invocación en el previo procedimiento judicial del derecho fundamental vulnerado es el inmediatamente subsiguiente a aquél en el que sobreviene la pretendida lesión, sin perjuicio de reiterarla en la posterior cadena de recursos (SSTC 62/1999, de 26 de abril, FJ 3, o 132/2006, de

27 de abril, FJ 2). Igualmente, es preciso poner en conocimiento del órgano judicial el hecho fundamentador de la vulneración, de modo que la pretensión deducida en amparo no tenga un contenido distinto al que se hizo valer ante los órganos judiciales, pues si la queja se argumenta con base en otras razones el recurso de amparo perdería el carácter de subsidiariedad que la Constitución y la Ley Orgánica de este Tribunal le atribuyen (SSTC 201/2000, de 24 de julio, FJ 3, y 130/2006, de 24 de abril, FJ 4, por todas).

El examen de las actuaciones acredita que el recurrente no ha cumplido los requisitos de invocación del derecho fundamental vulnerado ni respecto del art. 15 CE, ni en lo relativo al art. 18.1 CE.

En primer lugar, no hacía alusión alguna la demanda rectora del proceso judicial a la posible vulneración del art. 18.1 CE por el hecho de ser despedido por no ofrecer a la empresa datos pertenecientes a su intimidad, limitándose a fundamentar la pretensión de nulidad del despido en la vulneración de los arts. 14 y 15 CE, únicos derechos fundamentales a los que formal y materialmente se hacía referencia. La Sentencia de instancia, en congruencia con dicho planteamiento, no enjuició el caso desde ese enfoque vinculado a la intimidad personal del demandante. Tampoco planteó el recurrente esa cuestión como motivo de recurso en el sucesivo grado jurisdiccional de suplicación, impidiendo con ello la eventual subsanación de la inicial falta de invocación, pues tenemos dicho que para que pueda apreciarse la total ineficacia de la alegación será preciso no sólo que la invocación se haya efectuado una vez transcurrido el primer momento procesal en que se tuvo ocasión de realizarla, sino –fundamentalmente– que esa alegación tardía haya impedido al órgano judicial su examen y consideración, pues es esta última noción la que resume la *ratio* y finalidad del presupuesto que se examina (SSTC 55/1991, de 12 de marzo, FJ 2; 78/2003, de 28 de abril, FJ 3, y 280/2006, de 9 de octubre, FJ 3). El silencio del recurrente sobre ese particular explica que, ni el escrito de impugnación al recurso de suplicación formulado por Cotobial, S.A., ni la Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, abordaran la constitucionalidad de la decisión extintiva desde ese enfoque, obviando no ya el hecho de la imputada ocultación de los datos médicos –que la empresa aducía en su carta de despido y reiteraba en sus alegaciones del escrito de impugnación del recurso– sino la posible nulidad del despido por esa razón, esto es, la posible calificación de nulidad del despido por la pretensión empresarial de que el trabajador le comunicara datos que, en su caso, estarían protegidos por el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 CE).

El recurso de amparo, por lo demás, tampoco pone su acento en esa perspectiva del problema, y es claro, por tanto, que con independencia de la entidad constitucional que pudiera poseer esa queja, el incumplimiento del requisito del art. 44.1 c) LOTC excluye ahora su análisis en este proceso constitucional, en contra de lo que aduce el Ministerio Fiscal.

Tampoco se han cumplido los requisitos del art. 44.1 c) LOTC respecto del art. 15 CE. ciertamente en la demanda de despido se invocaba tal derecho y se vinculaba la alegación del mismo con la circunstancia de que fuera la baja médica del trabajador, de fecha 2 de septiembre de 2002, la que motivó el despido, lo que, a juicio del demandante, implicaba una coacción contra la integridad física del art. 15 CE, pues de avalarse esa actuación empresarial aquél preferiría no ir al médico, no cuidar su salud, antes que perder su trabajo. Pese a ello, el juzgador *a quo* resolvió el litigio exclusivamente con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo –dictada en unificación de doctrina– relativa a la existencia o no de un factor discriminatorio en situaciones como la enjuiciada, soslayando aquel otro enfoque del problema, esto es, el potencial efecto disuasorio en la protección de la salud que tendría la aceptación de un

despido como el impugnado, hasta el punto de que no citó siquiera el art. 15 CE en la fundamentación jurídica de su resolución. En el sucesivo recurso de suplicación, sin embargo, el recurrente no denunció incongruencia omisiva y tampoco reiteró aquella denuncia, omitiendo la formulación de un motivo basado en la lesión de aquel derecho fundamental. Se centró su impugnación en el razonamiento de la Sentencia de instancia, esto es, únicamente en el art.14CE, abandonando por completo aquel otro planteamiento, que no puso de manifiesto ni expresa ni implícitamente, por lo que no cumplió el requisito de la invocación del derecho fundamental consagrado en el art. 15 CE, que, a pesar de haber sido alegado en instancia, no fue reiterado en el posterior recurso (SSTC 62/1999, de 26 de abril, FJ 3; 132/2006, de 27 de abril, FJ 2, o 211/2007, de 8 de octubre, FJ 3, entre otras muchas).

En definitiva, como alega Cotobial, S.A., el recurrente en amparo, que ahora invoca nuevamente el art. 15 CE, no ofreció en su recurso de suplicación base suficiente para que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia pudiera entrar a conocer de esa concreta vulneración, pues no delimitó el contenido del derecho que en su demanda de amparo se dice vulnerado ni, en particular, planteó el efecto disuasorio del despido en la protección a la salud en términos que permitieran al órgano judicial pronunciarse sobre el mismo, razón que explica el completo silencio de la resolución judicial sobre ese punto. Por ello, tampoco será posible abordar ahora dicha queja.

3. El objeto de nuestro enjuiciamiento debe centrarse, por tanto, en el análisis de la queja referida a la pretendida vulneración de la prohibición de discriminación del art. 14 CE. En concreto, se trata de determinar si el despido del trabajador debió ser declarado nulo por discriminatorio. Rechazando implícitamente la imputación relativa a una pretendida trasgresión de la buena fe contractual consistente en no haber informado a la empresa de la existencia de una previa enfermedad incapacitante para el trabajo, los órganos judiciales han considerado acreditado que el motivo real del cese fueron las bajas médicas del empleado previas a la contratación y su ocultación a la empresa, que hacían que su prestación de trabajo no fuera rentable para la misma. Sentado ello, han concluido, con base en la doctrina unificada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de enero de 2001, luego reiterada en otras posteriores como las SSTS de 12 de julio de 2004 (rec. 4646-2002), de 23 de mayo de 2005 (rec. 2639-2004) y de 18 de diciembre de 2007 (rec. 4194-2006), que el estado de salud del trabajador no fue utilizado en el caso de autos como un factor de diferenciación discriminatorio, sino con una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo determinante de que el mantenimiento de la relación resultase excesivamente oneroso para la empresa. De esta valoración debemos partir a la hora de efectuar nuestro análisis, con base en lo dispuesto en los arts. 44.1 b) y 54 LOTC respecto de los hechos que dieron lugar al proceso ordinario y la actuación de los órganos judiciales en aspectos ajenos a eventuales violaciones de derechos o libertades fundamentales, pues, como es sabido, no está entre las misiones de este Tribunal la de revisar la valoración probatoria o alterar los hechos probados, al ser esta función exclusiva de 32 Jueves 26 junio 2008 BOE núm. 154 Suplemento los órganos del Poder Judicial (art. 117.3 CE), tal y como hemos recordado en numerosos pronunciamientos (recientemente, SSTC 48/2007, de 12 de marzo, FJ 3, y 74/2007, de 16 de abril, FJ 2).

Frente a ello, según se expuso, la parte recurrente mantiene que un despido con tal fundamento causal debe ser calificado como nulo por vulnerar el derecho fundamental a la no discriminación por circunstancias personales (art. 14 CE), entre las que debe hallarse la enfermedad o estado de salud del trabajador. Más allá de las discrepancias que enuncia con la doctrina del Tribunal Supremo establecida en la citada Sentencia de 29 de enero de 2001 –que por lo demás considera inaplicable al caso–, alega que la

prevalencia del criterio de rentabilidad empresarial frente a su derecho a la salud no puede admitirse, menos aún cuando no se trata de prolongadas bajas (sólo diez días en su caso) y cuando el trabajador era apto para su profesión habitual, al haber sido rechazadas reiteradamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) sus solicitudes de declaración de incapacidad permanente. Discrepa, en suma, de que el estado de salud (la enfermedad transitoriamente incapacitante) pueda dar lugar a un despido por el hecho de que el mantenimiento del contrato no se considere rentable para la empresa. Se trataría, por el contrario, de un despido discriminatorio, puesto que históricamente la enfermedad ha sido una de las plagas socialmente excluyentes que más gravemente ha afectado a la humanidad, y porque, en definitiva, la limitación funcional de un trabajador por problemas de salud que no le inhabilite de forma objetiva y definitiva para su trabajo no puede erigirse en causa de despido, al ser ese acto contrario a la prohibición de discriminación del art. 14 CE.

4. A la vista del planteamiento de la demanda de amparo debemos rechazar, en primer lugar, que pueda apreciarse en la decisión extintiva la existencia de una discriminación por razón de enfermedad temporal, pues, sin necesidad de otras consideraciones, ello no se corresponde con los hechos probados.

En efecto, no aparece acreditado, ni siquiera de forma indiciaria, que la causa del despido del trabajador fuera la situación de incapacidad temporal en la que se encontraba en el momento del despido, situación que, se alega por éste, era sólo transitoriamente discapacitante, había comenzado únicamente diez días antes de la fecha en que se produjo el despido y era la primera vez que concurría en la relación laboral con la empresa. Según se acaba de señalar, la causa alegada por la empresa para el despido, tal y como se refleja en la carta, es la trasgresión de la buena fe contractual consistente en no haber comunicado su enfermedad previa en las vértebras cervicales que —entiende— le impedía trabajar en la construcción, y sus continuas bajas por dicha enfermedad en las distintas empresas del sector para las que había prestado servicios.

En relación con ello, la Sentencia de instancia señala que de la prueba practicada se aprecia que el motivo real del cese fueron las bajas médicas del empleado previas a la contratación y su ocultación a la empresa, que hacían que su prestación de trabajo no fuera rentable para la misma.

En consecuencia, aun cuando el despido se produjera encontrándose el trabajador en situación de incapacidad temporal, no es dicho proceso de incapacidad temporal el causante del mismo, sino la enfermedad preexistente que dicho proceso puso de manifiesto y que la empresa afirma conocer únicamente a partir de ese momento, y no en el momento de la contratación. No puede hablarse, por tanto, de una discriminación por enfermedad temporal, al no existir indicio alguno de que fuera ésta la causa del despido, y ello al margen de que una enfermedad temporal, en cuanto situación que necesariamente afecta a la práctica totalidad de los seres humanos en muy diferentes momentos de su vida profesional, difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibido por el art. 14 CE.

No resulta tampoco relevante para analizar una eventual vulneración del art. 14 CE la cuestión relativa a la imputación que se efectúa al trabajador en la carta de despido de haber ocultado a la empresa su estado de salud. El reproche de esta ocultación, al margen de no haber sido considerado constitutivo de una trasgresión de la buena fe contractual —según han resuelto las resoluciones judiciales recurridas—, no puede conceptuarse como una discriminación contraria al art. 14 CE, ni ello se argumenta siquiera en la demanda de amparo, sin perjuicio de la valoración que hubiera de realizarse desde la perspectiva de otros derechos fundamentales que ni han sido alegados en el proceso judicial ni invocados en la demanda.

Finalmente, no es irrelevante precisar que lo que se discute aquí no es propiamente la viabilidad de un despido por las razones aducidas por la empresa en su carta de despido ni el carácter lícito o ilícito de la actuación empresarial. Es esa una controversia que, en principio, no desborda el ámbito de la legalidad y que ha sido, por lo demás, resuelta por los órganos judiciales en el proceso *a quo* apreciando la antijuridicidad de la decisión empresarial y acordando la decisión que el ordenamiento jurídico contempla como reacción frente a los despidos injustificados o sin causa: la declaración de su improcedencia, con los efectos que la ley establece. No se trata, por tanto, de determinar, como sugiere el demandante, si la limitación funcional de un trabajador por problemas de salud que no le inhabilite de forma objetiva y definitiva para su trabajo puede erigirse o no en causa de despido, pues los órganos judiciales ya han afirmado que no y, por ello, han declarado el despido improcedente. Lo que se discute es si ese despido, además de legalmente injustificado, debió estimarse vulnerador del derecho a la no discriminación reconocido en el art. 14 CE y, en consecuencia, debió declararse nulo.

La cuestión que constituye el objeto de nuestro análisis se centra, por tanto, en determinar si un despido motivado por las dolencias físicas del trabajador debe ser declarado nulo por discriminatorio. Se trata, en definitiva, de valorar la incompatibilidad con el art. 14 CE de la decisión empresarial extintiva, acudiendo para ello a lo que las resoluciones judiciales recurridas han estimado probado en relación con el auténtico móvil del despido, que no es en realidad el formalmente declarado en la carta de despido relativo a una pretendida trasgresión por el trabajador de la buena fe contractual al no comunicar a la empresa su enfermedad previa, sino el motivo de fondo referido al efectivo conocimiento adquirido por la empresa de la existencia de dicha enfermedad y su consideración de que la misma impedía al trabajador trabajar en la construcción y determinaba que su prestación laboral no resultara rentable.

5. Como ha señalado con reiteración este Tribunal al analizar el art. 14 CE, dicho precepto, además de recoger en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, contiene en el segundo la prohibición de una serie de motivos de discriminación. Esta referencia expresa a concretas razones de discriminación representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (por todas, SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 161/2004, de 4 de octubre, FJ 3; BOE núm. 154 Suplemento Jueves 26 junio 2008 33 182/2005, de 4 de julio, FJ 4; 41/2006, de 13 de febrero, FJ 6, o 3/2007, de 15 de enero, FJ 2). Por ello, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, hemos venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos peyorativos en los que operan como factores determinantes los motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE (STC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4, y las que en ella se citan).

A diferencia de los casos que habitualmente ha abordado nuestra jurisprudencia, relativos por lo común a factores de discriminación expresamente citados en el art. 14 CE o, aun no recogidos de forma expresa, históricamente reconocibles de modo palmario como tales en la realidad social y jurídica (como la orientación sexual, STC 41/2006, de 13 de febrero), en esta ocasión se cuestiona la posible discriminación por

causa de un factor no listado en el precepto constitucional, cual es el estado de salud del trabajador; en concreto, la existencia de una enfermedad crónica que se discute si resulta o no incapacitante para la actividad profesional del trabajador. Se hace por ello preciso determinar si dicha causa puede o no subsumirse en la cláusula genérica de ese precepto constitucional («cualquier otra condición o circunstancia personal o social»), teniendo en cuenta que, como se sabe, no existe en el art. 14 CE una intención tipificadora cerrada (SSTC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3; 31/1984, de 7 de marzo, FJ 10; y 37/2004, de 11 de marzo, FJ 3). Para ello debemos partir de la consideración de que, como es patente, no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del art. 14 CE, pues, como indica acertadamente la Sentencia de suplicación citando jurisprudencia del Tribunal Supremo, en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. De ahí que, para determinar si un criterio de diferenciación no expresamente listado en el art. 14 CE debe entenderse incluido en la cláusula genérica de prohibición de discriminación por razón de «cualquier otra condición o circunstancia personal o social», resulte necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE).

Así como los motivos de discriminación citados expresamente en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecido ya *ex Constitutione*, tal juicio deberá ser realizado inexcusablemente en cada caso en el análisis concreto del alcance discriminatorio de la multiplicidad de condiciones o circunstancias personales o sociales que pueden ser eventualmente tomadas en consideración como factor de diferenciación, y ello no ya para apreciar la posibilidad de que uno de tales motivos pueda ser utilizado excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica sin afectar a la prohibición de discriminación, como ha admitido este Tribunal en el caso de los expresamente identificados en la Constitución (así, en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; y en relación con la raza, STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 8), sino para la determinación misma de si la diferenciación considerada debe ser analizada desde la prohibición de discriminación del art. 14 CE, en la medida en que responda a un criterio de intrínseca inadmisibilidad constitucional análoga a la de los allí contemplados, o con la perspectiva del principio genérico de igualdad, principio que, como es sabido, resulta en el ámbito de las relaciones laborales matizado por «la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, subsiste en el terreno de la relación laboral» (STC 197/2000, de 24 de julio, FJ 5).

6. Pues bien, no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo. Cifñéndonos al ámbito de las decisiones de contratación o de despido que se corresponde con el objeto de la presente demanda de amparo, así

ocurrirá singularmente, como apuntan las resoluciones ahora recurridas basándose en jurisprudencia previa de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato.

No es éste, sin embargo, el supuesto aquí analizado, en el que la valoración probatoria efectuada por los órganos judiciales ha puesto inequívocamente de manifiesto que en la decisión extintiva el factor enfermedad ha sido tenido en cuenta con la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo. Por decirlo de otra manera, la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún prejuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo, hasta el punto de que, según afirma, de haber conocido dicha circunstancia con anterioridad a la contratación no habría procedido a efectuarla.

No existe en las resoluciones judiciales recurridas ninguna consideración sobre la cuestión relativa a si la enfermedad padecida por el trabajador le incapacitaba realmente para desarrollar su trabajo en el sector de la construcción, como señala la empresa, o si carecía de ese alcance incapacitante, como argumenta el trabajador con base en lo que, según afirma, ha sido reiteradamente valorado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social al declararle no incapacitado permanentemente para el trabajo en grado alguno. Las resoluciones judiciales recurridas no han analizado el alcance incapacitante de la enfermedad del trabajador, sin duda por entenderlo irrelevante para enjuiciar un despido disciplinario basado en una pretendida trasgresión de la buena fe contractual. Y tampoco resultan concluyentes a la hora de valorar dicha motivación empresarial las alegadas decisiones del Instituto Nacional de la Seguridad Social denegando la incapacidad permanente, ya que la primera de ellas se dictó casi cuatro años antes, período que impide obtener conclusión alguna en relación con la evolución que pudiera haber experimentado la dolencia del trabajador, mientras que la segunda es posterior a la fecha del despido y ni siquiera constaba que hubiera adquirido firmeza en el momento de dictarse la Sentencia de instancia recurrida. Por lo demás, es de señalar que las resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social son decisiones dicta³⁴ Jueves 26 junio 2008 BOE núm. 154 Suplemento das en un procedimiento distinto al de la impugnación del despido, no dirigido propiamente a la determinación de la capacidad o incapacidad del trabajador para desempeñar un puesto de trabajo, sino al reconocimiento de una prestación, y que, en consecuencia, no vinculan al mismo, además de ser, obviamente, recurribles.

Pero, en cualquier caso, la realidad del efecto incapacitante de la enfermedad sufrida por el trabajador sería una cuestión que no afectaría a la conceptualización de la decisión empresarial de extinción como discriminatoria, sino únicamente a la calificación legal de su procedencia o improcedencia, y ello en la hipótesis de que la medida se hubiera materializado a través de uno de los mecanismos previstos en la legislación laboral para atender a este tipo de circunstancias y no mediante el, en todo caso, manifiestamente improcedente recurso a un despido disciplinario por trasgresión de la buena fe contractual. No hay, por tanto, aquí un problema de inversión de la carga probatoria en virtud de la cual, aportado por el trabajador un indicio discriminatorio, correspondiera a la empresa acreditar la existencia de una justificación objetiva y razonable de su decisión, ajena a todo móvil discriminatorio, en este caso, la efectiva situación de incapacidad del trabajador.

No hay inversión de la carga de la prueba pues no hay aportación de un indicio discriminatorio, toda vez que la enfermedad desde la óptica con que ha sido analizada no constituye un factor de discriminación.

Hemos de concluir, por todo ello, que una decisión de despido como la aquí analizada, basada en la pretendida incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo por razón de su enfermedad o de su estado de salud, podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye en sí misma una decisión discriminatoria.

7. Sostiene el Ministerio Fiscal en sus alegaciones una vía de análisis del problema distinta a la planteada en la demanda. Así, admitiendo que ni la enfermedad temporal ni la incapacidad permanente pueden constituirse en factores de discriminación prohibidos por el art. 14 CE, apunta, sin embargo, la existencia de una categoría intermedia –*un tertium genus*– caracterizado por una suerte de disfuncionalidad periódica con base en una patología facilitadora de la cíclica aparición de la enfermedad, sin que ésta, no obstante, llegue a poseer un carácter definitivamente invalidante. Ésta sería, a su juicio, la situación que se expone en la demanda de amparo y que se recoge como hecho probado en las resoluciones recurridas, cuando se describe el cuadro clínico sufrido por el demandante y las limitaciones orgánicas y funcionales que de él se derivan, que, sin embargo, el órgano gestor de la Seguridad Social no estima con entidad suficiente para justificar una declaración de incapacidad permanente. Y entiende que cabría identificar la existencia de un grupo social situado en una posición equidistante entre la genérica enfermedad y la discapacidad, con características personales determinadas y de las que no participa el resto de la sociedad, que, en razón de sus limitaciones, se vería progresivamente abocado a su expulsión del mercado de trabajo, sin obtener la protección de la Seguridad Social al no ser sus dolencias susceptibles de calificarse como incapacitantes, lo que permitiría afirmar la concurrencia de los requisitos necesarios para apreciar la existencia de una situación de discriminación.

Sin embargo, no es posible acoger tampoco esta vía argumental. En primer lugar, no hay constancia suficiente en los hechos probados de la existencia de esa pretendida «disfuncionalidad periódica con base en una patología facilitadora de la cíclica aparición de la enfermedad» ni, en su caso, de cuál fuera su relevancia en orden a la decisión de despido. Si bien aparece probado que el demandante ha sufrido varios procesos de incapacidad temporal a lo largo del tiempo, no hay mención alguna a cuál haya sido la causa de tales procesos; al mismo tiempo, aparece también acreditado que el trabajador ha solicitado al menos en dos ocasiones la declaración de incapacidad permanente, que tiene problemas de espalda, que entre las limitaciones orgánicas y funcionales descritas en su informe médico figuran las de «temblor de miembros y mareos con esfuerzos», que se ha negado a montar andamios alegando sus problemas de salud, y que, incluso, «su hijo le ayuda en ocasiones en el trabajo», hechos éstos que, si bien no excluyen la tesis del Ministerio Fiscal, se pueden corresponder también con la pretendida incapacidad para trabajar como oficial primera albañil en el sector de la construcción alegada por la empresa en su carta de despido. Ya se ha señalado anteriormente que las resoluciones judiciales recurridas no se han pronunciado sobre la efectiva concurrencia de esta situación de incapacidad, al haberse limitado a declarar la improcedencia de un despido disciplinario por trasgresión de la buena fe contractual, y que no resulta tampoco relevante a tales efectos el hecho de que el trabajador haya visto denegada en dos ocasiones su petición de declaración de incapacidad permanente, por los motivos ya indicados.

En segundo lugar, la caracterización que el Ministerio Fiscal efectúa de esa pretendida categoría intermedia de «personas con características personales determinadas de las que no participa el resto de la sociedad» carece de la identidad y concreción que requeriría la apreciación de la concurrencia de un factor de discriminación, toda vez que la realidad descrita no conforma una categoría homogénea, sino una situación que puede adoptar múltiples manifestaciones y responder a causas igualmente muy diferentes, no siendo posible, como ya hemos señalado, extender el concepto de discriminación hasta el límite de hacerlo coincidir con el principio genérico de igualdad. Pero, en último extremo, la situación de desventaja relativa de determinadas personas en el mercado de trabajo en razón de sus circunstancias físicas o de salud y su eventual riesgo de exclusión social constituyen problemas cuya atención corresponde a los poderes públicos, de conformidad con el art. 9.2 CE, a través, entre otros, del conjunto de medidas de política sanitaria, de formación y readaptación profesionales y, en su caso, de protección social a las que se refieren los arts. 43.2, 40.2 y 41 CE, instrumentos esenciales para hacer realidad el modelo de «Estado social y democrático de Derecho» que nuestra Constitución impone (art. 1.1 CE).

No se aprecia, por todo ello, que las resoluciones recurridas hayan vulnerado el derecho a la no discriminación (art. 14 CE) del demandante de amparo, por lo que resultará procedente la denegación del recurso.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido Denegar el amparo solicitado por don Eugenio Díaz Zarza.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiséis de mayo de dos mil ocho.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.

BOE núm. 154 Suplemento Jueves 26 junio 2008 35

Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia dictada en el recurso de amparo 3912-2005, sobre discriminación laboral por razón de enfermedad

1. Don Eugenio Díaz Zarza tenía cincuenta y cuatro años de edad en el momento del despido que dio origen a este proceso constitucional de amparo. Sufrió una lesión en sus vértebras cervicales que es común en todos los que han ejercido su profesión de albañil —oficial de primera— durante varias décadas. Esta afección le provocó sucesivas bajas laborales en varias empresas de la construcción, por lo que intentó obtener de la Seguridad Social la protección de una incapacidad permanente, que siempre le fue denegada; consideró, en efecto, el INSS que estaba perfectamente capacitado para desempeñar su profesión habitual o que no presentaba «reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral» (Así consta en Resoluciones de 18 de febrero de 1997 (antecedente 2 c) de la Sentencia), pero también de 6 de noviembre de 2002, meses después de ser despedido por la empresa codemandada (extremo que no recoge la Sentencia, pero que figura al folio 47 del ramo de prueba del demandante ante el Juzgado de instancia).

Privado de la acción protectora de la Seguridad Social, don Eugenio se vio obligado a seguir trabajando y, por ello, el 16 de julio de 2002 firmó un contrato fijo de obra con la entidad constructora codemandada. Pasó el periodo de prueba y, tras desempeñar sus servicios en la misma, causó baja por incapacidad temporal el 2 de septiembre de 2002. El 12 de septiembre siguiente la empresa le despidió disciplinariamente reprochándole su mala fe contractual ya que —dice la carta de despido en el antecedente 2 a) de la

Sentencia— ocultó intencionadamente «que tiene una lesión/enfermedad previa en las vértebras cervicales que le impiden trabajar en la construcción» (sic).

2. Las circunstancias expuestas sitúan a don Eugenio en un dilema de consecuencias indeseables, sea cual sea la dirección que pretenda seguir. Las resoluciones del INSS le fuerzan, contra su voluntad, a continuar en el mercado de trabajo, ya que el Estado social y democrático de Derecho le niega la acción protectora de la Seguridad Social, mediante el reconocimiento de una situación de discapacidad y el correspondiente devengo de una pensión

de subsistencia para sí y para sus siete hijos. Si acude, no obstante, a la relación laboral y confía, tal vez, en su derecho a la intimidad (STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 3) limitándose a comunicar al empleador que «está perfectamente capacitado para desempeñar su profesión habitual» o que no sufre «reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral» se verá despedido —como ya ha ocurrido en este caso— por vulnerar la buena fe contractual y ocultar que sufre una lesión-enfermedad que le ha ocasionado bajas laborales en otras empresas constructoras. Ciertamente es que su despido, tras la Sentencia de la que disiento, es improcedente, pero don Eugenio verá sucesivamente extinguida su relación laboral con empresarios futuros y resultará abocado a una inacabable búsqueda de un puesto de trabajo del que, en caso de obtenerlo, será privado de inmediato —como ha ocurrido en esta ocasión— al cursar cualquier baja médica.

3. Las resoluciones judiciales recurridas en amparo y la Sentencia de la que disiento aceptan la doctrina de una Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2001, que entiendo inaplicable a situaciones como la expuesta. Este recurso ha puesto de manifiesto, en mi opinión, que existen enfermedades o afecciones crónicas que no alcanzan el grado de una discapacidad, a efectos de los arts. 4.2 c) y 17.1 LET o de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 y que, sin embargo, constituyen una categoría intermedia entre ésta y la simple enfermedad estrictamente funcional para el trabajo y generan, en casos como el enjuiciado en este amparo, acciones discriminatorias que es necesario considerar prohibidas en la cláusula «o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» del art. 14 CE máxime cuando, al estar afectado el derecho al trabajo del recurrente del art. 35.1 CE (STC 100/2001, de 23 de abril, FJ 8) y el principio rector del reconocimiento a la protección de la salud del art. 43 CE, obligan a un mayor rigor y exigencia de razonabilidad del que carecen en este caso las resoluciones judiciales (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 5).

4. La igualdad es un valor superior del ordenamiento jurídico, consustancial a la definición de Estado social y democrático de Derecho que se consagra en el art. 1.1 CE. En esa concepción del Estado el principio de igualdad no rige sólo en las *relaciones verticales*, entendidas como aquéllas en las que interviene un poder público, sino también en las *relaciones horizontales*, entendidas como de particular a particular, si bien la determinación de la intensidad, entre particulares está modulada.

En el ámbito del Derecho del trabajo la respuesta a la cuestión de la n sus del patrimonio privado que ha destinado a empresa productiva, y la vigencia del mandato/derecho a la igualdad en el ámbito de dicha empresa (por todas, STC 34/1984, de 9 de marzo, FJ 2).

El Estatuto de los trabajadores desarrolló el art. 35.2 CE —en la Ley 8/1980, de 10 de marzo— con una opción valiente y acertada. Prohibió al empresario privado, en sus arts. 4.2 c) y 17.1 LET, cualquier discriminación a la hora de concertar el contrato de trabajo y en el desenvolvimiento de la relación laboral por causas análogas al art. 14 CE. Y es que los principios esenciales de la libertad, la igualdad y la dignidad humana no sólo se aseguran en el ámbito de lo público sino también en el ámbito de las relaciones

laborales; difícilmente puede existir una sociedad democrática si no se respeta el principio de igualdad en el puesto de trabajo, que es esencial para la sociedad contemporánea (*work-place democracy*).

Dejo constancia de mi posición en este voto. Madrid a veintiséis de mayo de dos mil ocho.—Jorge

494 Sala Segunda. Sentencia 208/2013, de 16 de diciembre de 2013. Recurso de amparo 1110-2011. Promovido por el Fiscal ante el Tribunal Constitucional en relación con la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que desestimó la demanda sobre protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen en relación con una entrevista emitida en el programa televisivo «Crónicas marcianas». Vulneración de los derechos al honor y a la propia imagen: entrevista carente de interés informativo realizada con el propósito de ridiculizar al entrevistado.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Adela Asua Batarrita, Presidenta; don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Pedro José González-Trevijano Sánchez y don Enrique López y López, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1110-2011, promovido por el Fiscal ante el Tribunal Constitucional, por la legitimación que le atribuyen los arts. 162.1 b) de la Constitución y 46.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, contra la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 19 de enero de 2010, dictada en el recurso de casación núm. 747-2006, y contra el Auto de 10 de enero de 2011, dictado por el mismo órgano jurisdiccional, que desestima el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la referida Sentencia. Han sido parte Gestevisión Telecinco, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles González Carvajal y defendida por la Letrada doña Julia Muñoz Cañas, y don Francisco Javier Sardá Tamaro y don Javier Cárdenas Pérez, representados por el Procurador don Manuel Lanchares Perlado y asistidos del Letrado don Javier Val Usón. Ha sido Ponente la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en este Tribunal el 24 de febrero de 2011, el Fiscal ante el Tribunal Constitucional interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales a las que se hace referencia en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) La representación procesal de don J.H.M., doña M.C.A.J. y don J.C.H.A., interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia de Arona demanda sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen contra la entidad Gestevisión Telecinco, S.A., don Francisco Javier Sardá Tamaro y don Javier Cárdenas Pérez, del programa «Crónicas marcianas», respectivamente. Uno de los actores, don J.C.H.A.,

tenía reconocida una discapacidad física y psíquica cifrada en el 66 por 100, si bien carecía de una declaración judicial de incapacidad. Los otros dos actores eran sus lugar a la demanda fueron la emisión en el programa «Crónicas marcianas», de fecha 16 de octubre de 2002, de la entrevista que don Javier Cárdenas realiza a don J.C.H.A., así como la posterior difusión y reseña de dicha entrevista en la página web de la cadena de televisión Telecinco. Por lo que se refiere a la entrevista, a lo largo de ella don Javier Cárdenas formula a don J.C.H.A. una serie de preguntas acerca de la disyuntiva entre la vocación y ganar dinero, pero en la mayoría de las ocasiones no le permite que complete una respuesta, pues interrumpe él con una respuesta o una nueva pregunta, en ocasiones contradictoria con la anterior. Llega un momento en el que el entrevistado se confunde y se contradice, para acabar respondiendo únicamente «hombre, por supuesto». En una segunda parte de la entrevista, don Javier Cárdenas le pregunta a don J.C.H.A. si es un romántico y, a continuación, le pregunta muy seguido: ¿te gusta la mujer hecha y derecha?, que no sea muy ancha de espaldas, ¿no?, y que esté rasurada, ¿eh? Don J.C.H.A. vuelve abrumarse y, como contestación, reitera únicamente «hombre, por supuesto». Finalmente, el Sr. Cárdenas le pide que mire fijamente a la cámara y explique al público lo que espera de una mujer. Don J.C.H.A. se coloca de espaldas a la cámara y don Javier Cárdenas le permite permanecer en esa posición mientras explica lo que espera de una mujer. Al fondo, se oyen risas y jolgorio.

Las acusaciones de los demandantes se completan con la denuncia de que la entrevista fue reseñada días después en la página web del propio programa «Crónicas marcianas» y la imagen de don J.C.H.A. apareció «insertada» en la página web, con unas enormes gafas y una foto distorsionada junto a la leyenda: «Periodista, soltero, ligón busca... J. tiene muy claro el tipo de mujer que le gusta». Asimismo, se añade «si usted piensa que este hombre es guapo acuda a Ópticas San Gabino, que decía un viejo anuncio de gafas. Pero si verdaderamente lo sigue pensando, agradézcaselo a Javier Cárdenas, y sobre todo no dude en permanecer alerta». Como consecuencia de estos hechos, los actores solicitaron que se declarara que la conducta desarrollada por el periodista colaborador del programa Crónicas marcianas –don Javier Cárdenas–, el director de este programa –don Javier Sardá– y la cadena de televisión Telecinco, tenía como objetivo la burla y mofa de don J.C.H.A. y, por ello, constituía una intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del actor. Se reclamaba una indemnización de 300.000 euros.

b) En Sentencia de 27 de diciembre de 2004, el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Arona apreció la excepción procesal planteada por los demandados, consistente en la falta de legitimación activa de dos de los demandantes, los padres del entrevistado –don J.H.M. y doña M.C.A.J.–, ya que ni cumplían los requisitos del art.10 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) –ser titulares de la relación jurídica o del objeto litigioso–, ni podían comparecer en representación de su hijo, pues éste carecía de la condición de incapaz judicialmente declarada conforme al procedimiento del art. 756 y ss. LEC. No obstante, el Juez estimó parcialmente la demanda presentada por don J.C.H.A. y declaró que la conducta desarrollada por los periodistas y la cadena de televisión constituía una intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la propia imagen del actor –no a la intimidad, porque no se habían facilitado datos de carácter personal e íntimo del demandante– y, en consecuencia, condenaba solidariamente a los demandados a pagar al actor una indemnización de 15.000 euros; a difundir la Sentencia condenatoria en el mismo medio en que se vulneró el derecho al honor y a la propia imagen del demandante y al pago de las costas procesales. El Juzgado argumentó que «se considera vulnerada la propia imagen, por cuanto, aunque las imágenes se han obtenido en lugar público, como declaró el codemandado don Javier Cárdenas, el cual señaló que se

efectuaron en una terraza del Hotel Semiramis de la localidad del Puerto de la Cruz, lo cierto es que se proyectaron en una cadena televisiva (Telecinco) de ámbito nacional y en un programa de gran audiencia, sin que el consentimiento de don [J.C.H.A.] se hubiera prestado». Para el Juzgado, se había utilizado el nombre, la voz y la imagen de don J.C.H.A. para fines, que si bien no son comerciales o publicitarios, sí son de naturaleza análoga, a saber, un programa televisivo de gran audiencia en una cadena de televisión nacional, sin que concurren las excepciones de ser un personaje de interés público, relevancia social, cargo público, ni tratarse de información general, o de información gráfica de un acontecimiento o suceso público. También se estimó vulnerado el derecho al honor, en relación con lo que el Juez declaró que eran múltiples las expresiones verbales y gesticulaciones que denotaban la afectación a la dignidad del actor y que, ejemplificativamente, bastaba aludir a la realización de preguntas sucesivas que comportaron incluso respuestas contradictorias: «son diversas las ocasiones en las que el entrevistador formula la pregunta de si prefiere el periodismo o el obtener una determinada cantidad de dinero, reiterando esa cuestión de manera que induce al entrevistado a contradecirse, dejando en evidencia su capacidad intelectual y su inteligencia». Para el órgano judicial, estos extremos adquieren especial trascendencia si se tiene en consideración que don J.C.H.A. no está declarado judicialmente incapaz pero padece una discapacidad del 66 por 100, que fue ratificada y explicada por el perito judicial y es apreciable a simple vista, incluso por un profano en la materia, según afirmó el propio perito. En concreto, se señala que Sentencia: «Los rasgos que describen ese trastorno según el perito judicial son, entre otros, el poseer una sonrisa insípida, indiferencia activa, hipoporséxico (asume el hilo de la conversación pero le cuesta trabajo concentrarse y seguir la dinámica de la entrevista), ligeramente mutista, presentando como conclusión diagnóstica, una epilepsia y un trastorno orgánico de la personalidad pseudorretrasada, lo que impide valerse por sí mismo, sin relaciones sociales de trabajo y de ocio, limitándose a la esfera familiar, lo que queda también reflejado en el historial médico que obra en la Consejería de Asuntos Sociales, donde se insiste en la imposibilidad de valerse por sus propios medios y llevar una vida normal, y que su conducta y aptitud mental no son acordes a su edad biológica».

En consecuencia, el Juez estima que no pueden acogerse los argumentos de los Letrados de los demandados relativos a que J.C.H.A. consintió en someterse a esta entrevista, pues «el consentimiento, regulado en los arts. 2 y 3.1 de la LO 1/82 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, aún emitido por una persona judicialmente capacitada, es evidente que se encuentra viciado por el padecimiento de unas patologías mentales del actor, que limitan y condicionan su voluntad». El órgano judicial se apoya en que el perito judicial había señalado que el actor no poseía capacidad para saber cuál es la trascendencia y relevancia de los hechos y las expresiones que pronuncia, que no puede ser consciente de las consecuencias de sus actos e, incluso, que en la declaración del padre de don J.C.H.A. queda constancia de que el actor pensaba entrevistar a don Javier Cárdenas, siendo finalmente él el entrevistado, sin ser consciente de ello. Por último, respecto a la falta de comparecencia de don J.C.H.A. tras la demanda interpuesta, el órgano judicial no considera aplicable el efecto potestativo recogido en el art. 304 LEC, ya que en los informes médicos se asevera que padece un importante estrés postraumático que afecta a su capacidad, existiendo suficiente material probatorio para adoptar una decisión sobre el fondo. Finalmente, en cuanto a la cuantía de la indemnización, si bien el Juzgado admite que el daño moral ha sido importante, por cuanto que el actor ha padecido –según los informes médicos y la prueba pericial judicial aportada– un grave síndrome de estrés postraumático como consecuencia de las burlas y mofas que sobrevinieron a la

entrevista, estima que la indemnización solicitada es excesiva y la reduce de 300.000 euros a 15.000 euros.

c) La Sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación tanto por la representación procesal de los demandantes como por la de los demandados. La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en Sentencia de 1 de febrero de 2006, desestimó el recurso de apelación de los demandados y parcialmente estimatoria del recurso de apelación de los actores, si bien sólo en la pretensión de que la intervención de los padres del actor en el proceso a título de codemandantes *ad cautelam* debía reputarse acertada, por lo que revoca el pronunciamiento desestimatorio en ese punto del órgano de instancia. En relación con el fondo, la Audiencia niega que se haya producido violación del derecho a la intimidad, como reclamaban los demandantes, pero confirma la vulneración de los derechos al honor y a la propia imagen, así como la inexistencia de un consentimiento expreso y válido como el requerido por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y añade que, siendo las características que presentaba el actor, y que habían quedado probadas en primera instancia en virtud de informe pericial y del expediente de reconocimiento de discapacidad obrante en la Consejería de Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias, apreciables de una manera externa, con una claridad meridiana y patente, a simple vista y por cualquier persona, aunque sea profana, debieron motivar al entrevistador a solicitar, si bien no el consentimiento por escrito de los padres o familiares del entrevistado, sí al menos su parecer, al objeto de suplir las deficiencias que notoriamente se hacían evidentes para determinar si el entrevistado estaba capacitado o no para dar un consentimiento expreso. Entiende el órgano de apelación que, ante la ausencia de cualquier cautela por parte de los demandados, debe concluirse en que no existe en el caso el consentimiento expreso que requiere la ley. Para la Audiencia, el tipo de programa en que se emitió la entrevista, programa de entretenimiento en tono de humor, confirma la falta de consentimiento del entrevistado, pues «resulta patente que fue entrevistado porque es minusválido psíquico y físico y con la única finalidad de poner de manifiesto tales defectos para ridiculizarlo (como se evidencia del desarrollo de la entrevista); ello, por mucho que se pretenda disfrazarlo de un tono de humor, distensión y jocosidad» pues, no obstante el carácter del programa, resulta incuestionable que la responsabilidad por el daño moral causado al actor ante las mofas y burlas por parte del entorno social que vio el programa o visitó la página web, era directamente atribuible a los demandados.

d) Los demandados en instancia interpusieron recurso de casación, alegando vulneración del art. 18.1 CE por restricción injustificada del concepto de consentimiento en el sentido del art. 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La parte recurrida no compareció ni formuló alegaciones. La Sala Primera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de enero de 2010, estimó el recurso y casó la Sentencia de apelación, desestimando la demanda. Para el Tribunal Supremo los derechos al honor y a la propia imagen son derechos de la personalidad, irrenunciables e inalienables, que sólo pueden limitarse por el propio titular con el consentimiento, o por la ley, siempre que concurren los factores que ella misma delimita. En su fundamento jurídico 3 se localiza el argumento esencial en torno al cual gira la estimación del recurso de casación: existe un consentimiento válido porque existe una presunción de capacidad mientras no se acredite una incapacidad, lo que en este proceso no se ha hecho. Por lo demás, el Tribunal Supremo señala que la discapacidad del actor, cifrada en un 66 por 100, no es declarada por la instancia como hecho probado, sino que es una simple deducción de la documental del pleito, lo que unido al contexto jocoso del programa de emisión,

desprovisto de agresividad difamatoria, conduce a estimar el recurso de casación formulado, «pues si bien resulta poco ético la actuación y comportamiento del medio televisivo, y las personas físicas intervinientes, la misma no es reprochable desde el ámbito estrictamente jurídico, al no suponer socialmente en tal contexto un menoscabo a su fama, dignidad y propia estima».

e) Contra la Sentencia dictada en casación el Ministerio Fiscal promovió, al amparo de lo previsto en el art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), incidente de nulidad de actuaciones. Alegó vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho al honor y a la propia imagen (art. 18.1 CE) y el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE y arts. 15 y 17 de la Convención de Naciones Unidas, de 13 de diciembre de 2006, sobre protección de las personas con discapacidad). En dicho escrito se denunciaba que la utilización de una persona con discapacidad en un medio televisivo, para ser objeto de burla por sus limitaciones psíquicas y sus defectos físicos, vulneraba sus derechos al honor y a la imagen protegidos en el art. 18.1 CE, así como a su integridad moral (art. 15 CE) al afectar a su dignidad (art. 10 CE) y, siendo indisponible este último derecho, resultaba irrelevante el consentimiento prestado. Admitido el incidente por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, ésta dictó Auto el 10 de enero de 2011, por el que se acordó no haber lugar a la pretensión de nulidad de actuaciones. En su fundamento jurídico 2 se afirmaba que el objeto del proceso siempre había sido el derecho fundamental al honor, reconocido en el art. 18.1 CE, por lo que volver ahora sobre lo mismo iría contra el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. Admitir un incidente de nulidad de actuaciones fundado en argumentos del aludido fondo, no sería otra cosa que admitir un recurso más, lo que no tiene cabida dentro de la previsión del art. 241 LOPJ.

El referido Auto fue objeto de un Voto particular en el que la Magistrada que lo emitió se pronunciaba a favor de la admisión del incidente y la estimación de la pretensión ejercitada por el Ministerio Fiscal pues, a su parecer, resultaba patente la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la integridad física y moral (arts. 24.1 y 15 CE) de don J.C.H.A. Entiende que, conforme al art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo, el consentimiento constituye un hecho impositivo de la lesión, pues evita que ésta exista (STC 196/2004, de 15 noviembre) pero que, sin embargo, hay que determinar cómo se presta el consentimiento cuando el titular del derecho sea menor de edad o incapaz, pues el art. 3.1 del mismo texto legal declara que menores e incapaces deberán prestar «por sí mismos» el consentimiento si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. Para la Magistrada, el reenvío a la legislación civil pone de manifiesto que una situación de discapacidad no puede hacerse depender de una declaración judicial, como ocurre a la hora de analizar la validez de los negocios jurídicos concluidos por la persona que no tiene capacidad de entender sus actos, a pesar de no estar incapacitada. En consecuencia, el Voto particular concluye en que en el supuesto concreto el actor no había prestado su consentimiento expreso en los términos exigidos por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, porque no se puede presumir un consentimiento expreso en las circunstancias perceptibles de discapacidad que han sido probadas en este supuesto. En última instancia, señala que tales conclusiones pueden alcanzarse sin necesidad de recurrir a la Convención de Naciones Unidas, de 13 de diciembre de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad, pues ciertamente no estaba en vigor cuando los hechos sucedieron; si bien añade que sí hay que tener en cuenta el art. 49 CE, que obliga a los poderes públicos a amparar a los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos, especialmente para el disfrute de los derechos que la Constitución otorga.

3. La demanda de amparo imputa a las resoluciones del Tribunal Supremo que resuelven el recurso de casación y el incidente de nulidad de actuaciones vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con los derechos fundamentales al honor y a la propia imagen (art. 18.1 CE).

El Ministerio Fiscal señala que es importante recordar cómo el Juez *a quo* no dio valor al hecho alegado por los demandados de que el actor había consentido someterse a la entrevista porque, a su parecer, aunque el actor no estuviera judicialmente incapacitado el consentimiento estaba viciado por las patologías mentales que padecía, que limitaban y condicionaban su voluntad y de las que la Sentencia de instancia da cumplida cuenta con ocasión del resultado de la prueba pericial practicada, según la cual la discapacidad se apreciaba a simple vista, de forma clara y patente y el actor no poseía capacidad siquiera para saber cuál era la trascendencia y relevancia de los hechos, ni de las expresiones que pronunciaba, ni era consciente de las consecuencias de sus actos. El Fiscal señala que el órgano de apelación añadió a esta argumentación el importante elemento de que la prestación del consentimiento en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, no se configura como un consentimiento formal, sino como algo más complejo: es la causa excluyente de la ilicitud de la acción de intromisión de un derecho irrenunciable, siendo fácil deducir de esa previsión legal que, en el presente caso, el consentimiento así configurado no existía.

Declara el Fiscal que, frente a esa línea de argumentación, la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se presenta en unos términos absolutamente formalistas y abiertamente contrarios a los datos fácticos acreditados en la instancia, vulnerándose de esta forma el derecho a la tutela judicial efectiva y, como consecuencia derivada, el derecho al honor y a la propia imagen. Para el Ministerio Fiscal, la situación de discapacidad del actor obligaba al Tribunal de casación a intensificar los mecanismos de protección de sus derechos fundamentales, en línea con lo dispuesto en la Convención de Naciones Unidas sobre protección de los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, pues recuerda que por mandato del art. 10.2 CE, el contenido de los derechos fundamentales debe ser interpretado de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos, entre los cuales debe incluirse a la mencionada Convención. Para el Fiscal, es importante destacar que el art. 22.1 de esta Convención declara que ninguna persona con discapacidad será objeto de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación y que las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas frente a dichas injerencias o agresiones. Igualmente recuerda que el mandato de protección especial de las personas con discapacidad aparece también recogido en el art. 49 CE y, como tal, debe presidir la interpretación y práctica judicial.

En consecuencia, en el presente caso, el examen sobre la validez o no del consentimiento expreso al que se refiere el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, sobre protección del derecho al honor, como causa excluyente de la ilegitimidad de la intromisión, no podía desvincularse de las circunstancias particulares que concurrían en el supuesto, singularmente del evidente déficit cognitivo e intelectual que presentaba el actor, plenamente acreditado en la causa a través de la prueba pericial judicial. A juicio del Ministerio Fiscal, el art. 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, tiene ese significado cuando condiciona la validez del consentimiento prestado por los menores e incapaces a que las condiciones de madurez de la persona lo permitan, pues de dicha regulación legal se deriva que la presunción de validez y eficacia del consentimiento prestado se infiere de las circunstancias personales y de las facultades cognitivas de la persona que manifestó consentimiento, no de la existencia o inexistencia de una declaración de incapacitación judicial. Cierra el argumento declarando que, en caso

contrario, se estaría colocando a quien no ha sido incapacitado judicialmente pero presenta una disminución de sus facultades en una situación de alto riesgo, más vulnerable a sufrir actuaciones invasivas de sus derechos fundamentales, incumpléndose con ello el mandato del art. 49 CE. A juicio del Fiscal, este canon constitucional es el que debe presidir la actuación e interpretación de los órganos judiciales cuando una persona discapacitada acude en demanda de protección de sus derechos fundamentales, como ocurrió en el presente caso. Desde esta perspectiva de análisis, el Ministerio Fiscal considera que la Sentencia objeto de impugnación no cumple con el estándar constitucional de razonabilidad constitucionalmente exigible, pues se fundamenta en un argumento jurídico puramente formalista.

La segunda línea argumental del Fiscal está dirigida a rebatir la afirmación del Tribunal Supremo de que el contexto jocoso del programa televisivo elimina del supuesto los elementos de agresividad difamatoria. A su parecer, el Tribunal Supremo de nuevo ha obviado las circunstancias concurrentes del caso y sus conclusiones están descontextualizadas del marco fáctico y jurídico que debía presidir su actuación. Recuerda que el Tribunal Constitucional ya declaró en su STC 176/1995, de 11 de diciembre, que «el propósito burlesco, en la medida en que se utiliza como instrumento de escarnio priva de toda justificación a la intromisión en el derecho a la imagen y vulnera directamente el derecho al honor» (FJ 5), siendo esta doctrina constitucional la que el Tribunal Supremo ha ignorado en el caso que nos ocupa, pues lo verdaderamente relevante a efectos de apreciar la vulneración que se denuncia es la escenificación llevada a cabo por el periodista entrevistador con la finalidad exclusiva de burlarse de la discapacidad intelectual que presentaba el actor, escenificación y actuación periodística que, a juicio del Ministerio Fiscal, podría incluso formar parte integrante del concepto de conducta de acoso, tal y como está definida por el art. 7 a) de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que considera acoso toda conducta relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

4. Por Auto de 28 de enero de 2013, la Sala Segunda de este Tribunal estimó la abstención formulada por la Magistrada doña Encarnación Roca Trías en el presente recurso de amparo, justificada en que la Magistrada formaba parte del órgano judicial que dictó las resoluciones impugnadas (art. 291.11 LOPJ).

5. Mediante providencia de 14 de febrero de 2013, la Sala Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y, con fundamento en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), se requirió a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo para que, en el plazo que no excediera de diez días, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al procedimiento, previo emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el proceso, excepto la parte recurrente en amparo, para que, en el plazo de diez días, pudieran comparecer en el presente recurso. Se acordó también la publicación en el «Boletín Oficial del Estado», de conformidad con lo previsto en el art. 46.2 LOTIC, a efectos de comparecencia de otros posibles interesados, publicación realizada en el «BOE» de 11 de marzo de 2013.

6. Por medio de escrito presentado el 8 de marzo de 2013, el Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal se personó en el presente recurso en nombre y representación de Gestevisión Telecinco, S.A. Asimismo, a través de escrito registrado en este Tribunal el 19 de marzo de 2013, se personó el Procurador don Manuel Lanchares Perlado en nombre y representación de don Francisco Javier Sardá Tamaro y de don Javier Cárdenas Pérez.

7. Mediante diligencia de ordenación de 4 de abril de 2013 se tuvo por personado y parte en el procedimiento al Procurador don Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal en nombre y representación de Gestevisión Telecinco, S.A., así como al Procurador don Manuel Lanchares Perlado en nombre y representación de don Francisco Javier Sardá Tamaro y don Javier Cárdenas Pérez, acordándose dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por un plazo de veinte días para que formularan las alegaciones oportunas.

8. El 8 de mayo de 2013, la representación de Gestevisión Telecinco, S.A., presentó su escrito de alegaciones e interés, primero, la inadmisión del recurso de amparo y, subsidiariamente, su desestimación. Alega, por un lado, que el incidente de nulidad de actuaciones es un recurso manifiestamente improcedente que convierte en extemporáneo el recurso de amparo; fundamentando su pretensión en la doctrina plasmada en las SSTC 17/2012, de 13 de febrero, y 23/2012, de 27 de febrero, que, a juicio del demandado, inadmiten sendos recursos de amparo en supuestos muy similares al supuesto concreto. En relación con la cuestión de fondo, defiende que el consentimiento del actor en la instancia fue un consentimiento válido y que la conducta de los demandados don Javier Sardá y don Javier Cárdenas no supuso una intromisión en los derechos protegidos por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Finalmente, aduce que no puede acogerse el argumento del Ministerio Fiscal relativo a la vulneración de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad, pues no se trataba de un texto internacional vigente en el momento en que se sucedieron los hechos.

9. Por su parte, el Ministerio Fiscal presentó alegaciones el 14 de mayo de 2013, reiterando los argumentos esgrimidos en la demanda de amparo, ya expuestos en el antecedente 3.

10. La representación de don Francisco Javier Sardá Tamaro y don Javier Cárdenas Pérez no efectuó alegaciones.

11. Por providencia de 12 de diciembre de 2013 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Como se ha expuesto con mayor detalle en el relato de antecedentes, la cuestión planteada en este proceso de amparo interpuesto por el Ministerio Fiscal trae causa de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010, estimatoria de un recurso de casación, que declara la prevalencia del derecho a la información y desestima la demanda por vulneración del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen estimada en instancia y apelación. También se impugna el Auto de 10 de enero de 2011, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido igualmente por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia reseñada.

El Ministerio Fiscal imputa a las resoluciones judiciales del Tribunal Supremo que resuelven el recurso de casación y el incidente de nulidad de actuaciones la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con los derechos fundamentales al honor y a la propia imagen (art. 18.1 CE). A su parecer, la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se presenta en unos términos absolutamente formalistas y abiertamente contrarios a los datos fácticos acreditados en la instancia. Siendo así que el consentimiento expreso al que se refieren los arts. 2.2 y 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad y a

la propia imagen, no se configura como un consentimiento formal sino como causa excluyente de la ilegitimidad de la intromisión de un derecho irrenunciable, por lo que el análisis de su validez no podía desvincularse de las circunstancias particulares que concurrían en el presente caso –singularmente del evidente déficit cognitivo e intelectual que presentaba el actor, plenamente acreditado en la causa a través de la prueba pericial judicial– y, al obviar tales circunstancias, la consecuencia es que el Tribunal Supremo ha dictado una Sentencia irrazonable. A su parecer, cuando el art. 3.1 de la mencionada Ley condiciona la validez del consentimiento prestado a las condiciones de madurez de la persona que lo emite, está disponiendo que la presunción de validez y eficacia del consentimiento prestado se ha de inferir de las circunstancias personales y de las facultades cognitivas de dicha persona que manifestó el consentimiento y no se encuentra estrictamente vinculado a la existencia o inexistencia de una declaración de incapacitación judicial. Por lo demás, entiende que el contexto jocoso del programa «Crónicas marcianas» no elimina del supuesto los elementos de agresividad difamatoria, así como que lo verdaderamente relevante a efectos de apreciar la vulneración que se denuncia es la escenificación llevada a cabo por el periodista entrevistador con la finalidad exclusiva de burlarse de la discapacidad intelectual que presentaba el actor, escenificación y actuación periodística que podría incluso formar parte integrante del concepto de conducta de acoso.

Por su parte, el demandado Gestevisión, S.A., interesa, en primer lugar, la inadmisión del recurso de amparo, porque estima que el incidente de nulidad de actuaciones es un recurso manifiestamente improcedente que convierte en extemporáneo el recurso de amparo. No obstante, se pronuncia sobre la cuestión de fondo y defiende que el consentimiento del actor en la instancia fue un consentimiento válido que deriva de haber sido voluntariamente entrevistado y, en consecuencia, la conducta de los demandados no supuso una intromisión en los derechos protegidos por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de marzo, pues existió el consentimiento exigido por el art. 2.2 de la citada Ley.

2. Expuestas las pretensiones deducidas por las partes que intervienen en el recurso, procede entrar en el análisis de la alegación de inadmisibilidad del recurso, opuesta por la representación de Gestevisión, S. A., demandada en el proceso *a quo*, quien sostiene que el demandante de amparo no ha agotado correctamente la vía judicial previa como exige el art. 44.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), al haber interpuesto un incidente de nulidad de actuaciones que, a su juicio, en este caso resultaba manifiestamente improcedente, y, en consecuencia, convertiría en extemporáneo el presente recurso de amparo. El demandado fundamenta su pretensión en las SSTC 17/2012, de 13 de febrero, y 23/2012, de 27 de febrero, que inadmiten sendos recursos de amparo por haber sido interpuestos extemporáneamente, ya que los recurrentes intentaron, con carácter previo al amparo, incidentes de nulidad de actuaciones que este Tribunal consideró manifiestamente improcedentes.

Conviene advertir que yerra la entidad que ha opuesto el expresado óbice procesal con los términos de comparación que presenta, pues, mientras que en el caso que nos ocupa el Tribunal Supremo en el recurso de casación realiza una ponderación que concluye en sentido contrario al fallo dictado por los órganos judiciales de instancia y apelación y su decisión es, por tanto, la única resolución judicial que habría menoscabado el derecho fundamental cuya vulneración se aduce en amparo, no ocurre así en los supuestos que resuelven las SSTC 17/2012 y 23/2012, pues las Sentencias de instancia desestimaban sendas demandas por vulneración del derecho al honor y a la intimidad, que sin embargo fueron estimadas en apelación, siendo éstas últimas casadas por el Tribunal Supremo, quien desestimó definitivamente las demandas presentadas.

Diferenciados ya los supuestos de hecho, debemos ahora analizar si resulta extemporáneo el incidente de nulidad interpuesto en el recurso de amparo que abordamos.

Al respecto, recordemos que la reciente STC 176/2013, de 21 de octubre, que reitera una jurisprudencia ya consolidada de este Tribunal, advierte que el recurrente se puede encontrar ante una encrucijada difícil de resolver, toda vez que si no utiliza todos los recursos disponibles dentro de la vía judicial ordinaria su recurso puede ser inadmitido por falta de agotamiento de la vía judicial previa, y si decide, en cambio, apurar la vía judicial, interponiendo todos los recursos posibles o imaginables, corre el riesgo de incurrir en extemporaneidad al formular alguno que no fuera, en rigor, procedente (STC 255/2007, de 17 de diciembre, FJ 2). Claro ejemplo de esa encrucijada es el supuesto de la interposición del incidente de nulidad de actuaciones cuando, en el orden jurisdiccional civil, se esgrime la tutela judicial de un derecho fundamental frente a su pretendida vulneración por un particular y el Tribunal Supremo en el recurso de casación realiza una ponderación que concluye en sentido contrario a la realizada por los órganos judiciales de instancia y apelación, siendo por tanto la decisión del recurso de casación la única resolución judicial susceptible de denunciarse por vulneración de un derecho fundamental. No obstante, en este caso hay que tener en cuenta que, sin perjuicio de que la exigencia de agotar la vía judicial antes de acudir al amparo ante este Tribunal no reviste carácter formal, sino que sirve al fin de preservar la subsidiariedad del recurso de amparo, el agotamiento queda cumplido con la utilización de aquéllos que razonablemente puedan ser consideradas como pertinentes sin necesidad de complejos análisis jurídicos. Consecuentemente, ningún reproche cabe efectuar al Ministerio Fiscal recurrente que en vez de acudir directamente ante este Tribunal en recurso de amparo, interpuso previamente el incidente de actuaciones, habida cuenta de que podía ser un remedio procesal pertinente que permitiera lograr con su utilización la reparación del derecho fundamental vulnerado.

3. Entrando en el examen de la cuestión de fondo, hemos de comenzar por efectuar una consideración previa en orden a la correcta delimitación del objeto de debate, ya que las quejas formuladas por el Ministerio Fiscal se refieren al art. 24.1 CE en relación con el art. 18.1 CE. Conviene aclarar que, atendidos los términos en que se han planteado, la queja referida al art. 24.1 CE no tiene sustantividad propia, pues no pasa de ser una discrepancia con el juicio de ponderación de los derechos fundamentales sustantivos que lleva a cabo la Sentencia impugnada, intentando dotar a esa discrepancia de un alcance procesal. Por tanto, en cuanto que la queja del 24.1 CE es meramente tributaria de las quejas referidas al art. 18.1 CE, ha de reconducirse el análisis del caso a la existencia o inexistencia de la vulneración de este último precepto.

Dicho lo anterior, para examinar la consistencia constitucional de la pretensión que formula el Ministerio Fiscal, conviene recordar los elementos caracterizadores del supuesto de hecho en el que el presente caso se sitúa: el debate sobre la validez del consentimiento prestado por una persona discapacitada, no declarado judicialmente incapaz, para servir como elemento excluyente de las denunciadas lesiones de su derecho al honor y de su derecho a la propia imagen, a pesar de haber acudido de forma voluntaria a la entrevista que se emitiría en el programa de televisión «Crónicas marcianas», encuadrable en la tipología híbrida de los programas de entretenimiento que pretenden informar pero, sobre todo, entretener, uniendo a la información el espectáculo y la diversión y siendo en el presente caso objeto de escarnio la discapacidad del que fuera actor en el procedimiento *a quo*. Partiendo de que son éstos los elementos que configuran el caso, como paso previo para apreciar si existe la vulneración de derechos fundamentales denunciada por el Ministerio Fiscal en su recurso, es preciso examinar si

las actuaciones llevadas a cabo por los demandados en instancia inciden o no en el ámbito constitucionalmente protegido de los derechos al honor y a la propia imagen para, sólo a partir de ahí, analizar si existe cobertura constitucional o amparo legal que permita descartar la vulneración constitucional.

En este sentido, atendiendo especialmente al elemento teleológico que la proclamación del derecho fundamental al honor del art. 18.1 CE incorpora, este Tribunal ha tenido la ocasión de señalar que la protección dispensada para ese derecho por el precepto alcanza a la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio (por todas, STC 51/2008, de 14 de abril). En esta dirección el Tribunal ha señalado la especial conexión entre el derecho al honor y la dignidad humana, pues la dignidad es la cualidad intrínseca al ser humano y, en última instancia, fundamento y núcleo irreductible del derecho al honor (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre; y 170/1994, de 7 de junio), cuya negación o desconocimiento sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional el ejercicio de otros derechos o libertades, como la libertad de expresión (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5). También ha declarado que, a menudo, «el propósito burlesco, *animus iocandi*, se utiliza precisamente como instrumento de escarnio» y ello puede resultar vulnerador del citado derecho al honor (STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 5). Desde esta perspectiva, puede afirmarse que el derecho al honor es una emanación de la dignidad, entendido como el derecho a ser respetado por los demás.

Por lo que respecta al derecho a la propia imagen, este Tribunal ha estimado en numerosas Sentencias que no puede ser concebido como una faceta o manifestación más del derecho a la intimidad o el honor, pues si bien todos los derechos identificados en el art. 18.1 CE mantienen una estrecha relación, en tanto que se inscriben en el ámbito de la personalidad, cada uno de ellos tiene un contenido propio y específico. Concretamente, el derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás. Así, en la STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5, señalamos que el derecho a la propia imagen contribuye, junto a los derechos a la intimidad personal y familiar y al honor, «a preservar la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), salvaguardando una esfera de propia reserva personal, frente a intromisiones ilegítimas provenientes de terceros. Sólo adquiere así su pleno sentido cuando se le enmarca en la salvaguardia de ‘un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana’ (STC 231/1988, fundamento jurídico 3º)». Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su reconocimiento como sujeto individual. En consecuencia, la facultad otorgada por este derecho consiste, en esencia, en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida –informativa, comercial, científica, cultural, etc.– por quien la capta o difunde. Y lo específico del derecho a la imagen, frente al derecho a la intimidad y el derecho al honor, es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El aspecto físico de la persona ha de quedar protegido incluso cuando, en función de las circunstancias, no tiene nada de íntimo o no afecta a su reputación (por todas, STC 176/2013, de 21 de octubre, FJ 6).

4. A partir de estos parámetros, recordemos que las actuaciones denunciadas por el Ministerio Fiscal incluyen la entrevista que el demandado, don Javier Cárdenas, realiza a don J.C.H.A., así como la posterior difusión y reseña de dicha entrevista en la página web de la cadena de televisión Telecinco. A lo largo de la entrevista, el Sr. Cárdenas formula a don J.C.H.A. una serie de preguntas acerca de la disyuntiva entre la vocación y ganar dinero, pero en la mayoría de las ocasiones no le permite que complete una respuesta, pues interrumpe él con una respuesta o una nueva pregunta, en ocasiones contradictoria con la anterior. Llega un momento que el entrevistado se confunde y se contradice, para acabar respondiendo únicamente «hombre, por supuesto». En una segunda parte de la entrevista, el Sr. Cárdenas le pregunta a don J.C.H.A. si es un romántico y, a continuación, le pregunta muy seguido: ¿te gusta la mujer hecha y derecha?, que no sea muy ancha de espaldas, ¿no?, y que esté rasurada, ¿eh?, don J.C.H.A. vuelve a abrumarse y, como contestación, reitera únicamente «hombre, por supuesto». Finalmente, el periodista don Javier Cárdenas le pide que mire fijamente a la cámara y explique al público lo que espera de una mujer. Don J.C.H.A. se coloca de espaldas a la cámara y don Javier Cárdenas le permite permanecer en esa posición mientras explica lo que espera de una mujer. Al fondo, se oyen risas y jolgorio. La entrevista fue reseñada días después en la página web del propio programa «Crónicas marcianas» y la imagen de don J.C.H.A. apareció «publicada» en dicha web, con unas enormes gafas y una foto distorsionada junto a la leyenda: «Periodista, soltero, ligón busca... J. tiene muy claro el tipo de mujer que le gusta». Asimismo, se añade «si usted piensa que este hombre es guapo acuda a Ópticas San Gabino, que decía un viejo anuncio de gafas. Pero si verdaderamente lo sigue pensando, agradézcaselo a Javier Cárdenas, y sobre todo no dude en permanecer alerta».

Las características de los sucesos expuestos permiten, por tanto, sin mayor esfuerzo intelectual, afirmar que los hechos denunciados tienen cabida en el ámbito de protección del derecho al honor y del derecho a la propia imagen de don J.C.H.A.

5. Una vez constatada la afectación del derecho fundamental al honor y del derecho a la propia imagen, hemos de concretar si la actuación de los demandados en instancia contaba con amparo constitucional en la libertad de información o expresión; o si, en su caso, fue consentida a tal fin por el recurrente, encontrando en ello una justificación constitucional.

Por lo que se refiere al posible amparo de la actuación de los demandados en el ámbito del derecho a la información o a la libertad de expresión, recordemos que las líneas generales de la doctrina de este Tribunal dictada en procesos de amparo en los que nos ha correspondido realizar el necesario juicio de ponderación entre el derecho a la información y el derecho al honor (art. 18.1 CE) dispone que, en nuestro ordenamiento, la libertad de información ocupa una posición especial, puesto que a través de este derecho no sólo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (por todas, STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 4, y las allí citadas). Ahora bien, como se sabe, hemos condicionado la protección constitucional de la libertad de información a que ésta sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen; contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública. También hemos afirmado que el valor preferente del derecho a la información no significa, sin embargo, dejar vacíos de contenido a los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas por esa información, que han de ceder únicamente en la medida en que resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática, como establece el art. 20.2

del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH). De modo que la legitimidad de las informaciones que impliquen una intromisión en otros derechos fundamentales, como el derecho al honor, requiere no sólo que la información cumpla la condición de la veracidad, sino también que su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere, «pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad», sin que baste a tales efectos la simple satisfacción de la curiosidad ajena (STC 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3). De otra forma, «el derecho a la información se convertiría en una cobertura formal para, excediendo del discurso público en el que debe desenvolverse, atentar sin límite alguno y con abuso del derecho al honor y a la intimidad de las personas con afirmaciones, expresiones o valoraciones que resulten injustificadas por carecer de valor alguno en relación con el interés general del asunto» (STC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 2).

Pues bien, descritos los hechos como han sido expuestos, no cabe sino concluir en que la información y la actividad desarrollada en el programa «Crónicas marcianas» con don J.C.H.A. carece, desde cualquier perspectiva, del interés público y la relevancia pública necesaria para que esté cubierta por el ejercicio de esa libertad por profesionales de la información y, muy al contrario, resulta una clara intromisión y abuso de sus derechos fundamentales al honor y a la propia imagen. Y es que, en efecto, la entrevista realizada por don Javier Cárdenas al señor H., posteriormente emitida en el referido programa, y reflejada también en su página web, no sólo carecía de valor informativo alguno, sino que, además, fue realizada únicamente con propósito burlesco, para ridiculizar al entrevistado, poniendo de relieve sus signos evidentes de discapacidad física y psíquica, *animus iocandi* que fue advertido tanto en la Sentencia de primera instancia como en la dictada en apelación, e incluso en la recaída en casación, que consideró poco ética la actuación del medio televisivo.

Por otra parte, es un elemento relevante en este caso la condición de discapacitado físico y psíquico de la persona afectada por la realización y posterior emisión de la entrevista, que presenta, según refieren las Sentencias de primera instancia y apelación, con mención de la prueba pericial, una discapacidad apreciable a simple vista, incluso por un profano en la materia. Ello nos lleva a recordar no sólo el dato ya reseñado de que los derechos afectados contribuyen a preservar la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), que aquí se ha visto especialmente afectada, sino, además, a la necesidad de conectar los derechos fundamentales concernidos con los principios rectores consagrados en la Constitución, operación que ha realizado este Tribunal para reforzar el canon del art. 24.1 CE en cuanto a la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales por el solo hecho de estar comprometido en el asunto algún principio rector de los enunciados en la Constitución (STC 95/2000, de 10 abril, FJ 5), proyección efectuada, igualmente, en relación con los derechos fundamentales sustantivos, como es el caso del art. 14 CE (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8). Pues bien, en atención a las circunstancias concurrentes en este caso, los derechos consagrados en el art. 18.1 que han sido invocados en la demanda han de ser puestos en conexión con el art. 49 CE, que contiene un mandato de protección de las personas con discapacidad, al establecer que «[l]os poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos». Y dicho mandato debe conducir a impedir que se lleven a cabo actuaciones como la aquí descrita sobre

personas afectadas de cualquier tipo de discapacidad, frente a cuyos derechos al honor y a la propia imagen no cabe oponer en este caso el amparo del derecho a la información; derecho que, recordémoslo, es un logro del Estado democrático, y se le otorga un superior valor en la medida en que «al contribuir a la formación de una opinión pública libre y plural, supone uno de los elementos esenciales del Estado de derecho y contribuye a la plena realización del conjunto de derechos fundamentales» (STC 15/1993, de 18 de enero, FJ 1), por lo que ese derecho resulta denigrado cuando es empleado torticeramente para amparar bajo su cobertura conductas como las aquí examinadas.

6. No obstante lo expuesto, los derechos al honor y a la propia imagen (art. 18.1 CE) se encuentran delimitados por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la intromisión. Y, ante todo, no podemos sino apreciar que, al margen del posible consentimiento en relación con la entrevista realizada y emitida en el programa «Crónicas marcianas» –aspecto sobre el cual nos referiremos a continuación–, lo cierto es que en la página web del programa no sólo se reprodujo dicha entrevista, sino que, además, se publicó la fotografía del señor H., acompañada de ciertos textos ridiculizadores, y en relación con dicha publicación no consta consentimiento alguno, sin que pueda entenderse implícitamente concedido por haber accedido a realizar la entrevista, que es un acto distinto del aquí considerado, por lo que, al margen de otros juicios acerca de la validez del consentimiento que pudiera prestar el entrevistado, este hecho, de por sí, ya supone una vulneración de su derecho a la propia imagen.

Precisada la anterior cuestión, hemos de centrarnos ahora en el otro aspecto que se nos suscita, esto es, si puede entenderse otorgado el consentimiento por el propio afectado, excluyendo así la vulneración de sus derechos al honor y a la propia imagen como consecuencia de la realización y posterior emisión de la entrevista por don Javier Cárdenas. Pues bien, en este punto hemos de advertir que, cuando se trata, como en el presente caso sucede, de personas con discapacidad, es preciso tener en cuenta que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, derivada de lo dispuesto en el ya mencionado art. 49 CE, en aras a proteger el interés de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que los poderes públicos ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que el título I otorga a todos los ciudadanos. En esta dirección, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece diversas prescripciones a tener en cuenta en el caso que nos ocupa. En primer término, el art. 1.3 declara que tales derechos son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles, siendo así que la renuncia a la protección prevista en la Ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de consentimiento previstos en el art. 2. Por su parte, el art. 2 en su apartado 2, dispone que no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso, si bien precisa en el art. 3.1 que el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. El debate se enmarca pues en la configuración del derecho realizada por el legislador, si bien hay que advertir que éste, lejos de proporcionar algún tipo de definición de los derechos que regula, se limita a establecer su protección civil. No obstante, ello no impide a este Tribunal examinar aquellas posibles lesiones de la legalidad, que justamente han concretado el precepto constitucional y que, por el hecho de ser una legalidad delimitadora del mismo, su infracción determina también la del propio derecho.

Así pues, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, se refiere al consentimiento de las personas incapaces y dicha expresión ha sido entendida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de enero de 2010 –hoy impugnada en amparo– como una referencia a las personas declaradas judicialmente incapaces y, en aplicación de criterios objetivos, ante la inexistencia de una declaración judicial de incapacidad, afirma que ha de presumirse su capacidad. Sin embargo, hay que superar esa percepción objetiva de la incapacidad y partir de la premisa obvia de que cuando una persona manifiesta una discapacidad, dicha persona puede poseer capacidad de entendimiento, lo que no significa ignorar la existencia de diversos tipos y grados de discapacidad (física, psíquica o sensorial) que, sin comportar expresamente limitaciones en la capacidad de actuar en el mundo jurídico, sí les sitúan en una especial situación que el órgano judicial debe adecuadamente valorar. En esta dirección, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y, asimismo, las normas internacionales de protección de las personas con discapacidad, muy en particular, la más reciente Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, de la que España es parte, suponen un paso más hacia la igualdad de las personas con discapacidad y el reconocimiento de su capacidad para poder realizar actos con importantes consecuencias, no sólo en la esfera patrimonial, sino en la personal. Las normas citadas, si bien son posteriores a los hechos objeto de este amparo, evidencian la progresiva consolidación de un avance en la concepción de la tutela de las personas con discapacidad, al objeto de que su situación se haga depender de la protección legislativa adecuada, si bien aún no suficientemente desarrollada.

Partiendo de estas premisas, hemos de afirmar que la valoración de si existe o no el consentimiento expreso exigido en el art. 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982 como causa excluyente de la ilicitud de un derecho irrenunciable, no puede hacerse depender únicamente de una declaración judicial de incapacidad. La propia Ley dispone en su exposición de motivos que, además de la delimitación del ámbito de protección que puede resultar de las leyes, se estima razonable admitir que, en lo no previsto por ellas, la esfera del honor, la intimidad personal y familiar y la imagen, esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad, por lo que la Ley se resuelve en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según el momento y las personas. Lo contrario supondría no tener en cuenta que los derechos reconocidos en el art. 18.1 CE aparecen como derechos fundamentales derivados sin duda de la «dignidad de la persona» que reconoce el art. 10 CE, por lo que en el análisis a realizar se han de tener en cuenta otros principios y derechos constitucionales vinculados directa o indirectamente al art. 18.1 CE; sólo así es posible determinar la existencia o no de la infracción constitucional aducida.

Pues bien, en el presente caso el actor en instancia acudió voluntariamente al lugar donde tendría lugar la entrevista con el colaborador del programa «Crónicas marcianas», de donde la Sentencia impugnada dedujo que consintió libremente a la realización de la misma. Ahora bien, desde la perspectiva del derecho al honor y a la propia imagen, puesta en conexión con lo dispuesto en el art. 49 CE, lo anterior no es suficiente para considerar válido el consentimiento prestado. En primer lugar, porque el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 exige que el consentimiento sea expreso, exigencia que, en un caso como el presente, debe ser de interpretación especialmente rigurosa, habida cuenta del mandato de tutela de las personas con discapacidad en el disfrute de los derechos consagrados en el título I de la Constitución, que se contiene en su art. 49. Por tanto, en este supuesto, no basta con presumir la voluntad por el hecho de realizar la

entrevista, sino que era necesario que constara expresamente el consentimiento, constancia que no ha quedado probada, tal y como se señala en el Voto particular emitido al Auto de 10 de enero de 2011, desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones.

Además, existía un segundo aspecto a considerar que fue ignorado por el órgano judicial en la resolución judicial impugnada: la garantía de que el acto voluntario de acudir a la entrevista comportaba la consciencia de lo que estaba haciendo y, ante las muestras evidentes de que dicha consciencia era dudosa –como ha quedado probado en el proceso–, la exigencia de una garantía adicional de los derechos fundamentales en juego, que en el presente caso se concretarían en la exigencia al entrevistador de que expresamente se asegurara de que el actor, con una discapacidad física y psíquica evidente, era claramente conocedor de las características del programa en el que se emitiría la entrevista y del alcance de ésta. La exigencia de una doble garantía en los casos previstos en el art. 3. 1 de la Ley Orgánica 1/1982 se explica por el carácter de los derechos que la Ley quiere proteger. En este sentido, es relevante también la naturaleza del programa en el que se iba a emitir la entrevista y el propio tono de la misma, un montaje burlesco elaborado al objeto del entretenimiento del público que perseguía una finalidad humorística mediante la manipulación de la persona entrevistada, por lo que la exigencia de especiales garantías no es sino coherente con las circunstancias del caso. En defecto de tales garantías la presencia voluntaria del entrevistado no podrá equipararse a un consentimiento válido y eficaz.

En consecuencia, hemos de concluir que no existe en el presente caso un consentimiento válido y eficaz que permita excluir la ilicitud de la intromisión en el derecho al honor y a la propia imagen de don J.C.H.A. derivada de las conductas de los demandados en el proceso *a quo*, quienes a pesar de la evidencia de la incapacidad del entrevistado para tomar conciencia del alcance de la entrevista y de las características del programa en el que se iba a emitir, lejos de extremar el celo y las cautelas exigibles para que la participación de aquél en el programa estuviera rodeada de esas garantías, utilizaron esa situación de vulnerabilidad del señor H. con la clara y censurable intención –como apreciaron las Sentencias de primera instancia y apelación– de burlarse de sus condiciones físicas y psíquicas, atentando de esa manera no sólo contra sus derechos al honor y a la propia imagen, sino incluso contra su dignidad. Y la conclusión anterior no puede resultar condicionada por el hecho de que no mediara una declaración judicial de incapacitación del señor H., pues ello supondría, en definitiva, supeditar la eficacia de la previsión del art. 49 CE, y el consiguiente disfrute por parte de las personas con discapacidad de los derechos constitucionales, a la existencia de tal declaración, limitación que en modo alguno cabe extraer de la previsión constitucional.

7. En definitiva, debemos declarar vulnerados los derechos al honor y a la propia imagen de don J.C.H.A. como consecuencia de la entrevista realizada y emitida en el programa «Crónicas marcianas», así como por la difusión de su imagen en la página web del programa. Tales derechos quedan reestablecidos, como en otros casos similares en los que el amparo se pide frente a una resolución judicial, declarando la nulidad de las resoluciones impugnadas en este proceso constitucional (por todas, STC 190/2013, de 18 de noviembre, FJ 8), sin que sea precisa la retroacción de actuaciones en orden a la determinación de la indemnización procedente, que quedó fijada en su día en la Sentencia de primera instancia y confirmada en apelación, ya que esta cuestión no fue planteada ni discutida en el recurso de casación.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por el Ministerio Fiscal y, en su virtud:

1.º Reconocer los derechos fundamentales al honor y a la propia imagen de don J.C.H.A. (art. 18.1 CE).

2.º Declarar la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010 y del ulterior Auto de 10 de enero de 2011, dictados en el recurso de casación núm. 747-2006.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciséis de diciembre de dos mil trece.—Adela Asua Batarrita.—

Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Pedro José González-Trevijano

Sánchez.—Enrique López y López.—Firmado y rubricado. cve: BOE-A-2014-494

AI.3) SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE

Sentencias comentadas en el texto, descargadas de la base de datos

InfoCuria del TJUE (asuntos C-13/05; C-303/06; C-335/11; C-337/11; C-354/13)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)

de 11 de julio de 2006 *

En el asunto C-13/05,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid mediante resolución de 7 de enero de 2005, recibida en el Tribunal de Justicia el 19 de enero de 2005, en el procedimiento entre **Sonia Chacón Navas**

y

Eurest Colectividades, S.A.,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, los Sres. P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K. Schiemann y J. Makarczyk, Presidentes de Sala, y el Sr. J.-P. Puissochet, la Sra. N. Colneric (Ponente) y los Sres. K. Lenaerts, P. Kūris, E. Juhász, E. Levits y A. Ó Caoimh, Jueces;

* Lengua de procedimiento: español.

Abogado General: Sr. L.A. Geelhoed;

Secretario: Sr. R. Grass;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos; consideradas las observaciones escritas presentadas:

— en nombre de Eurest Colectividades, S.A., por la Sra. R. Sanz García-Muro, abogada;

— en nombre del Gobierno español, por el Sr. E. Braquehais Conesa, en calidad de agente;

— en nombre del Gobierno checo, por el Sr. T. Boček, en calidad de agente;

— en nombre del Gobierno alemán, por el Sr. M. Lumma y la Sra. C. Schulze-Bahr, en calidad de agentes;

— en nombre del Gobierno neerlandés, por la Sra. H.G. Sevenster, en calidad de agente;

— en nombre del Gobierno austriaco, por la Sra. C. Pesendorfer, en calidad de agente;

— en nombre del Gobierno del Reino Unido, por la Sra. C. White, en calidad de agente, asistida por el Sr. T. Ward, Barrister;

— en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por la Sra. I. Martínez del Peral Cagigal y el Sr. D. Martin, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 16 de marzo de 2006; dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación, en lo que atañe a la discriminación por motivos de discapacidad, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, p. 16), y, con carácter subsidiario, sobre la eventual prohibición de una discriminación por motivos de enfermedad.

2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre la Sra. Chacón Navas y la sociedad Eurest Colectividades, S.A. (en lo sucesivo, «Eurest»), en relación con un despido producido con ocasión de una baja laboral por enfermedad.

Marco jurídico y normativo

Normativa comunitaria

3 El artículo 136 CE, párrafo primero, dispone lo siguiente:

«La Comunidad y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones».

4 Para la consecución de los objetivos del artículo 136, los apartados 1 y 2 del artículo 137 CE atribuyen a la Comunidad competencias para apoyar y completar la acción de los Estados miembros, concretamente en los ámbitos de la integración de las personas excluidas del mercado laboral y de la lucha contra la exclusión social.

La Directiva 2000/78 fue adoptada sobre la base del artículo 13 CE, en su versión anterior al Tratado de Niza, disposición según la cual:

«Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

6 El artículo 1 de la Directiva 2000/78 dispone lo siguiente:

«La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato».

7 Dicha Directiva enuncia en sus considerandos:

«11) La discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas.

12) A tal fin, se deberá prohibir en toda la Comunidad cualquier discriminación directa o indirecta por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en los ámbitos a que se refiere la presente Directiva. [...]

16) La adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad.

17) La presente Directiva no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o

disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad. [...]

27) El Consejo, en su Recomendación 86/379/CEE, de 24 de julio de 1986, sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad [DO L 225, p. 43], estableció un marco de orientación que enumera ejemplos de acciones positivas para el fomento del empleo y de la formación profesional de los minusválidos, y en su Resolución de 17 de junio de 1999 [...] relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con minusvalías afirmó la importancia de prestar una atención específica, en particular, a la contratación, al mantenimiento de los trabajadores en el empleo y a la formación y formación permanente de los minusválidos.»

8 El artículo 2, apartados 1 y 2, de la Directiva 2000/78 dispone lo siguiente:

«1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;

b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o

cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.»

9 A tenor del artículo 3 de la misma Directiva:

«1. Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

[..]

c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración;

[...].»

10 El artículo 5 de dicha Directiva dispone:

«A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades».

11 La Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, adoptada con ocasión de la reunión del Consejo Europeo celebrada el 9 de diciembre de 1989, a la que hace referencia el artículo 136 CE, apartado 1, enuncia en su apartado 26:

«Todo minusválido, cualesquiera que sean el origen y la naturaleza de su minusvalía, debe poder beneficiarse de medidas adicionales concretas encaminadas a favorecer su integración profesional y social.

Estas medidas de mejora deben referirse, en particular, según las capacidades de los interesados, a la formación profesional, la ergonomía, la accesibilidad, la movilidad, los medios de transporte y la vivienda.»

Normativa nacional

12 A tenor del artículo 14 de la Constitución Española:

«Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.»

13 El Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE nº 75, de 29 de marzo de 1995, p. 9654; en lo sucesivo, «Estatuto de los Trabajadores»), establece una distinción entre el despido improcedente y el despido nulo.

1 4 Los apartados 5 y 6 del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores disponen lo siguiente:

«5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

6. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.»

15 Del artículo 56, apartados 1 y 2, del Estatuto de los trabajadores se desprende que, en caso de despido improcedente, y a no ser que el empresario opte por readmitir al trabajador, éste perderá su trabajo y se le abonará una indemnización.

16 En lo que atañe a la prohibición de discriminación en las relaciones laborales, el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores, en su versión modificada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE nº 313, de 31 de diciembre de 2003, p. 46874), que tiene por objeto adaptar el Derecho español a la Directiva 2000/78, dispone lo siguiente:

«1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español.

[...].»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

17 La Sra. Chacón Navas trabajaba en la empresa Eurest, sociedad especializada en el sector de la restauración colectiva. El 14 de octubre de 2003 fue declarada en baja laboral por enfermedad y, según los servicios públicos de salud que se ocuparon de su caso, no estaba en condiciones de reanudar su actividad a corto plazo. El órgano jurisdiccional remitente no aporta indicación alguna sobre la enfermedad que padece la Sra. Chacón Navas.

18 El 28 de mayo de 2004, Eurest notificó a la Sra. Chacón Navas que quedaba despedida, sin especificar motivo alguno, reconociendo al mismo tiempo el carácter improcedente del despido y ofreciéndole una indemnización.

19 El 29 de junio de 2004, la Sra. Chacón Navas presentó una demanda contra Eurest, alegando que su despido era nulo debido a la desigualdad de trato y a la discriminación de las que había sido objeto, las cuales resultaban de la situación de baja laboral en la que se encontraba desde hacía ocho meses. Solicitó que se condenara a Eurest a readmitirla en su puesto de trabajo.

20 El órgano jurisdiccional remitente señala que, al no figurar en los autos ninguna alegación ni elemento probatorio, aplicando las reglas sobre inversión de la carga de la prueba debe considerarse que la Sra. Chacón Navas fue despedida por el único motivo de encontrarse en baja laboral por enfermedad.

21 El órgano jurisdiccional remitente observa que, en la jurisprudencia española existen precedentes según los cuales este tipo de despido se califica de improcedente, y no de nulo, puesto que en el Derecho español la enfermedad no figura expresamente entre los motivos de discriminación prohibidos en las relaciones entre personas privadas.

22 No obstante, el órgano jurisdiccional remitente pone de relieve que existe una relación de causalidad entre enfermedad y discapacidad. Para definir el término «discapacidad», procede, a su juicio, acudir a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud («CIF») de la Organización Mundial de la Salud. De ella resulta, según el órgano jurisdiccional remitente, que la «discapacidad» es un término genérico que incluye las deficiencias y los factores que limitan la actividad y la participación en la vida social. La enfermedad, precisa, puede producir deficiencias que discapaciten al individuo.

23 Teniendo en cuenta que frecuentemente la enfermedad puede dar lugar a una discapacidad irreversible, el órgano jurisdiccional remitente estima que los trabajadores deben estar protegidos en el momento oportuno en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad. Lo contrario podría, según él, vaciar de contenido la protección pretendida por el legislador y fomentar prácticas discriminatorias incontroladas.

24 Para el supuesto de que se estime que la discapacidad y la enfermedad son dos conceptos diferentes y que la normativa comunitaria no es directamente aplicable a esta última, el órgano jurisdiccional remitente sugiere que se considere que la enfermedad constituye una señal identitaria no específicamente citada que debe añadirse a aquellas en relación con las cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación. Esta consideración se deduce, según él, de la interpretación conjunta de los artículos 13 CE, 136 CE y 137 CE, así como de las disposiciones del artículo II-21 del proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

25 En tales circunstancias, el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿La Directiva 2000/78, en tanto que en su artículo 1 establece un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad, incluye dentro de su ámbito protector a una trabajadora que ha sido despedida de su empresa exclusivamente por razón de encontrarse enferma?

2) Subsidiariamente y para el supuesto de que se considerara que las situaciones de enfermedad no encajan dentro del marco protector que la Directiva 2000/78 dispensa contra la discriminación por motivos de discapacidad y la primera pregunta mera respondida negativamente:

¿se puede considerar a la enfermedad como una señal identitaria adicional frente a las que proscriben discriminación la Directiva 2000/78?»

Sobre la admisibilidad de la remisión prejudicial

26 La Comisión pone en tela de juicio la admisibilidad de las cuestiones planteadas, alegando que los hechos descritos en el auto de remisión adolecen de falta de precisión.

27 A este respecto, procede señalar que, a pesar de no existir indicación alguna acerca de la naturaleza y eventual evolución de la enfermedad de la Sra. Chacón Navas, este Tribunal de Justicia dispone de datos suficientes que le permiten responder útilmente a las cuestiones planteadas.

28 En efecto, del auto de remisión se desprende que la Sra. Chacón Navas, que había sido declarada en baja laboral por enfermedad y que no estaba en condiciones de reanudar su actividad profesional a corto plazo, fue despedida, según el órgano jurisdiccional remitente, por el único motivo de encontrarse en baja laboral por enfermedad. Del referido auto se desprende asimismo que el órgano jurisdiccional remitente estima que existe una relación de causalidad entre la enfermedad y la discapacidad y que un trabajador en la situación de la Sra. Chacón Navas debe ser protegido en virtud de la prohibición de las discriminaciones por motivos de discapacidad.

29 La cuestión planteada con carácter principal versa específicamente sobre la interpretación del concepto de «discapacidad» a efectos de la Directiva 2000/78.

La interpretación que el Tribunal de Justicia haga del referido concepto tiene por objeto permitir que el órgano jurisdiccional remitente examine si, debido a su enfermedad, la Sra. Chacón Navas era en el momento del despido una persona discapacitada en el sentido de la mencionada Directiva, beneficiándose por ello de laprotección prevista en el artículo 3, apartado 1, letra c), de la misma Directiva.

30 Por su parte, la cuestión planteada con carácter subsidiario versa sobre la enfermedad como «seña identitaria» y se refiere, por tanto, a todo tipo de enfermedad.

31 Eurest estima que la remisión prejudicial no es admisible porque los tribunales españoles, concretamente el Tribunal Supremo, ya decidieron en el pasado, teniendo en cuenta la normativa comunitaria, que el despido de un trabajador en situación de baja laboral por enfermedad no constituye en cuanto tal una discriminación. No obstante, el hecho de que un órgano jurisdiccional nacional haya interpretado ya una normativa comunitaria no implica la inadmisibilidad de una remisión prejudicial.

32 En lo que atañe a la alegación de Eurest según la cual dicha empresa despidió a la Sra. Chacón Navas porque, con independencia de que ésta se encontrara en baja laboral por enfermedad, sus servicios ya no eran indispensables en aquel momento, es preciso recordar que, en el marco de un procedimiento con arreglo al artículo 234 CE, basado en una clara separación de las funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, toda apreciación de los hechos del asunto es competencia del juez nacional. Asimismo corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (véanse, en particular, las sentencias de 25 de febrero de 2003, IKA, C-326/00, Rec. p. I-1703, apartado 27, y de 12 de abril de 2005, Keller, C-145/03, Rec. p. I-2529, apartado 33).

33 Sin embargo, el Tribunal de Justicia también ha indicado que, en supuestos excepcionales, le corresponde examinar las circunstancias en las que el juez nacional se dirige a él, con objeto de verificar su propia competencia (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de diciembre de 1981, Foglia, 244/80, Rec. p. 3045, apartado 21). La negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto

del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (véanse, en particular, las sentencias de 13 de marzo de 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, Rec. p. I-2099, apartado 39, y de 19 de febrero de 2002, *Arduino*, C-35/99, Rec. p. I-1529, apartado 25).

34 En el caso presente, al no concurrir ninguno de los mencionados requisitos, procede declarar la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial.

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la primera cuestión prejudicial

35 Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide en lo sustancial que se dilucide si el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad incluye dentro de su ámbito protector a una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad.

36 A tenor del artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, dicha Directiva se aplicará a todas las personas en relación con las condiciones de despido.

37 Por consiguiente, dentro de los referidos límites, el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad se aplica en materia de despido.

38 Para responder a la cuestión planteada, procede, en primer lugar, interpretar el concepto de «discapacidad» a efectos de la Directiva 2000/78 y, en segundo lugar, examinar en qué medida protege dicha Directiva a las personas discapacitadas en lo que atañe al despido.

Sobre el concepto de «discapacidad»

39 El concepto de «discapacidad» no viene definido en la propia Directiva 2000/78, la cual tampoco remite al Derecho de los Estados miembros a efectos de la definición de dicho concepto.

40 Pues bien, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar (véanse, entre otras, las sentencias de 18 de enero de 1984, *Ekro*, 327/82, Rec. p. 107, apartado 11, y de 9 de marzo de 2006, *Comisión/España*, C-323/03, Rec. p. I-2161, apartado 32).

41 A tenor de su artículo 1, la Directiva 2000/78 tiene por objeto establecer un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra la discriminación por cualquiera de los motivos mencionados en dicho artículo, entre los que figura la discapacidad.

42 Habida cuenta del mencionado objetivo, el concepto de «discapacidad» a efectos de la Directiva 2000/78 debe ser objeto, de conformidad con los criterios recordados en el apartado 40 anterior, de una interpretación autónoma y uniforme.

43 La finalidad de la Directiva 2000/78 es combatir determinados tipos de discriminación en el ámbito del empleo y de la ocupación. En este contexto, debe entenderse que el concepto de «discapacidad» se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional.

44 Ahora bien, al utilizar en el artículo 1 de la mencionada Directiva el concepto de «discapacidad», el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de «enfermedad». Así pues, es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos.

45 El decimosexto considerando de la Directiva 2000/78 establece que «la adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad». La importancia que el legislador comunitario atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizado durante un largo período. Por lo tanto, para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de «discapacidad», se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración.

46 La Directiva 2000/78 no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad.

47 De las consideraciones anteriores resulta que una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad.

Sobre la protección de las personas discapacitadas en materia de despido

48 Un trato desfavorable por motivos de discapacidad sólo choca con la protección que pretende la Directiva 2000/78 en la medida en que constituya una discriminación con arreglo al artículo 2, apartado 1, de la misma Directiva.

49 Según su decimoséptimo considerando, la Directiva 2000/78 no obliga a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad.

50 Con arreglo al artículo 5 de la Directiva 2000/78, se realizarán ajustes razonables a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades. Dicha disposición precisa que lo anterior significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

51 La prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.

52 Del conjunto de las consideraciones anteriores se desprende que procede responder a la primera cuestión prejudicial de la siguiente manera:

— Una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad.

— La prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la

Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

53 Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide que se dilucide si cabe considerar la enfermedad como un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación.

54 A este respecto, procede declarar que ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal.

55 En lo que atañe al artículo 13 CE y al artículo 137 CE, en relación con el artículo 136 CE, no contienen sino una regulación de las competencias de la Comunidad. Por otra parte, el artículo 13 CE, que menciona la discriminación por motivos de discapacidad, no contempla además la discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal y, por consiguiente, ni siquiera puede constituir el fundamento jurídico de medidas del Consejo destinadas a combatir ese tipo de discriminación.

56 Es verdad que entre los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario figura el principio general de no discriminación.

Por lo tanto, este último principio vincula a los Estados miembros cuando la situación nacional sobre la que versa el litigio principal está incluida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (en este sentido, véanse las sentencias de 12 de diciembre de 2002, Rodríguez Caballero, C-442/00, Rec. p. I-11915, apartados 30 y 32, y de 12 de junio de 2003, Schmidberger, C-112/00, Rec. p. I-5659, apartado 75, y jurisprudencia allí citada). Pero de ello no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva.

57 Procede, pues, responder a la segunda cuestión prejudicial que la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación.

Costas

58 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) Una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad.

2) La prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida

cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.

3) La enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación.

Firmas

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)

de 17 de julio de 2008 (*)

«Política social – Directiva 2000/78/CE – Igualdad de trato en el empleo y la ocupación – Artículos 1 y 2, apartados 1, 2, letra a), y 3, así como artículo 3, apartado 1, letra c) – Discriminación directa por motivo de discapacidad – Acoso relacionado con la discapacidad – Despido de un trabajador que no es una persona con discapacidad, pero cuyo hijo sí lo es – Inclusión – Carga de la prueba»

En el asunto C-303/06,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Employment Tribunal, London South (Reino Unido), mediante resolución de 6 de julio de 2006, recibida en el Tribunal de Justicia el 10 de julio de 2006, en el procedimiento entre

S. Coleman

y

Attridge Law,

Steve Law,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, los Sres. P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts y A. Tizzano, Presidentes de Sala, y los Sres. M. Ilešič, J. Klučka, A. Ó Caoimh (Ponente), T. von Danwitz y A. Arabadjiev, Jueces;

Abogado General: Sr. M. Poiares Maduro;

Secretaria: Sra. L. Hewlett, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 9 de octubre de 2007;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de la Sra. Coleman, por los Sres. R. Allen, QC, y P. Michell, Barrister;
- en nombre del Gobierno del Reino Unido, por la Sra. V. Jackson, en calidad de agente, asistida por el Sr. N. Paines, QC;
- en nombre del Gobierno griego, por el Sr. K. Georgiadis y la Sra. Z. Chatzipavlou, en calidad de agentes;
- en nombre de Irlanda, por el Sr. N. Travers, BL;
- en nombre del Gobierno italiano, por el Sr. I.M. Braguglia, en calidad de agente, asistido por la Sra. W. Ferrante, avvocato dello Stato;
- en nombre del Gobierno lituano, por el Sr. D. Kriauciūnas, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno neerlandés, por las Sras. H.G. Sevenster y C. ten Dam, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno sueco, por la Sra. A. Falk, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. J. Enegren y la Sra. N. Yerrell, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 31 de enero de 2008;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, p. 16).
- 2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre, por un lado, la Sra. Coleman, demandante en el litigio principal, y, por otro lado, Attridge Law, bufete de abogados, y un socio de dicho bufete, el Sr. Steve Law (en lo sucesivo, «antiguo empresario»), que versa sobre el despido encubierto del que la demandante afirma haber sido objeto.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

- 3 La Directiva 2000/78 se adoptó sobre la base del artículo 13 CE. Sus considerandos sexto, undécimo, decimosexto, decimoséptimo, vigésimo, vigésimo séptimo, trigésimo primero y trigésimo séptimo tienen la siguiente redacción:

«6) La Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores reconoce la importancia de combatir toda forma de discriminación y, especialmente, la necesidad de adoptar medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas mayores y de las personas con discapacidad.

[...]

11) La discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas.

[...]

16) La adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad.

17) La presente Directiva no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad.

[...]

20) Es preciso establecer medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre.

[...]

27) El Consejo, en su Recomendación 86/379/CEE, de 24 de julio de 1986, sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad [DO L 225, p. 43], estableció un marco de orientación que enumera ejemplos de acciones positivas para el fomento del empleo y de la formación profesional de los minusválidos, y en su Resolución de 17 de junio de 1999 [DO C 186, p. 3] relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con

minusválías afirmó la importancia de prestar una atención específica, en particular, a la contratación, al mantenimiento de los trabajadores en el empleo y a la formación y formación permanente de los minusválidos.

[...]

- 31) Las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse cuando haya un caso de presunta discriminación y en el caso en que se verifique tal situación a fin de que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada. No obstante, no corresponde a la parte demandada probar que la parte demandante pertenece a una determinada religión, posee determinadas convicciones, presenta una determinada discapacidad, es de una determinada edad o tiene una determinada orientación sexual.

[...]

- 37) De conformidad con el principio de subsidiariedad contemplado en el artículo 5 del Tratado CE, los objetivos de la presente Directiva, en particular el establecimiento en la Comunidad de un marco para la igualdad en el empleo y la ocupación, no pueden alcanzarse de manera suficiente por los Estados miembros. Por consiguiente, pueden lograrse mejor, debido a la dimensión y repercusión de la acción propuesta, en el ámbito comunitario. Conforme al principio de proporcionalidad tal y como se enuncia en el mencionado artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.»

- 4 A tenor de su artículo 1, la Directiva 2000/78 «tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato».

- 5 En los apartados 1 a 4 de su artículo 2, que lleva el epígrafe «Concepto de discriminación», la misma Directiva dispone lo siguiente:

«1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

- a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;
- b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

- i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que
- ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

3. El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro.

[...]»

6 A tenor del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2000/78:

«Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

[...]

- c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración;

[...].»

7 En el artículo 5, cuyo epígrafe es «Ajustes razonables para las personas con discapacidades», la misma Directiva dispone lo siguiente:

«A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. [...]»

8 El artículo 7 de la misma Directiva, cuyo epígrafe es «Acción positiva y medidas específicas», tiene la siguiente redacción:

«1. Con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o

adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. Por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral.»

- 9 El artículo 10 de la Directiva 2000/78, que lleva como epígrafe «Carga de la prueba», dispone lo siguiente:

«1. Los Estados miembros adoptarán con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de que los Estados miembros adopten normas sobre la prueba más favorables a la parte demandante.»

- 10 Conforme al artículo 18, párrafo primero, de la Directiva 2000/78, los Estados miembros debían adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en dicha Directiva a más tardar el 2 de diciembre de 2003. No obstante, a tenor del párrafo segundo del citado artículo:

«A fin de tener en cuenta condiciones particulares, los Estados miembros podrán disponer, cuando sea necesario, de un plazo adicional de tres años a partir del 2 de diciembre de 2003, es decir, de un máximo de 6 años en total, para poner en aplicación las disposiciones de la presente Directiva relativas a la discriminación por motivos de edad y discapacidad. En este caso, lo comunicarán de inmediato a la Comisión. Los Estados miembros que opten por recurrir a este período adicional informarán anualmente a la Comisión sobre las medidas que adopten para luchar contra la discriminación por motivos de edad y discapacidad, y sobre los progresos realizados para la aplicación de la presente Directiva. La Comisión informará anualmente al Consejo.»

- 11 Dado que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte solicitó tal plazo adicional para adaptar su Derecho interno a la citada Directiva, el referido plazo no expiró hasta el 2 de diciembre de 2006 por lo que se refiere a dicho Estado miembro.

Normativa nacional

- 12 La Disability Discrimination Act 1995 (Ley de 1995 relativa a la discriminación por motivo de discapacidad) (en lo sucesivo, «DDA»), tiene como finalidad

esencial prohibir toda discriminación contra las personas con discapacidad, especialmente en materia de empleo.

- 13 Con ocasión de la adaptación del ordenamiento jurídico del Reino Unido a la Directiva 2000/78, la segunda parte de la DDA, que regula las cuestiones relacionadas con el empleo, resultó modificada por las Disability Discrimination Act 1995 (Amendment) Regulations 2003 (Reglamento de 2003 por el que se modifica la Ley de 1995 relativa a la discriminación por motivo de discapacidad), que entraron en vigor el 1 de octubre de 2004.

- 14 Con arreglo al artículo 3 A, apartado 1, de la DDA, en su versión modificada por el citado Reglamento de 2003 (en lo sucesivo, «DDA de 2003»):

«[...] Se considerará que se practica discriminación contra una persona con discapacidad cuando,

- a) por un motivo relacionado con la discapacidad que padece la persona con discapacidad, se trate a ésta de un modo menos favorable a como se trata o trataría a otras personas a las que no se aplica el motivo en cuestión, y
- b) siempre que no pueda demostrarse que tal trato esté justificado».

- 15 El artículo 3 A, apartado 4, de la DDA de 2003 precisa, no obstante, que el trato dispensado a una persona con discapacidad en ningún caso podrá justificarse si resulta equiparable a una discriminación directa en el sentido del apartado 5 del mismo artículo, disposición a cuyo tenor:

«Se considerará que se practica discriminación directa contra una persona discapacitada cuando se dispensa a ésta, por motivo de la discapacidad que padece, un trato menos favorable que el que obtiene u obtendría una persona que no tenga esa discapacidad específica y cuyas características pertinentes, incluidas las capacidades, sean las mismas que las de la persona discapacitada o no difieran sensiblemente de ellas».

- 16 El concepto de acoso se define del siguiente modo en el artículo 3 B de la DDA de 2003:

«1) [...] Se considerará que se somete a acoso a una persona discapacitada cuando, por algún motivo relacionado con la discapacidad que ésta padece, se adopta una conducta no deseada que tenga como objetivo o consecuencia:

- a) atentar contra la dignidad de la persona con discapacidad, o
- b) crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

2) Se entenderá que una conducta tiene la consecuencia que se menciona en el apartado 1, letras a) o b), cuando razonablemente haya de considerarse que tiene tal consecuencia habida cuenta de todas las circunstancias y, en particular, de lo que siente la persona con discapacidad».

- 17 A tenor del artículo 4, apartado 2, letra d), de la DDA de 2003, se prohíbe que un empresario discrimine a una persona con discapacidad procediendo a su despido o causándole cualquier otro perjuicio.
- 18 El artículo 4, apartado 3, letras a) y b), de la DDA de 2003 prohíbe también que un empresario, actuando en condición de tal, someta a acoso a una persona con discapacidad que trabaje para él o que le haya solicitado un empleo.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 19 La Sra. Coleman trabajó como secretaria jurídica para su antiguo empresario a partir de enero de 2001.
- 20 En el año 2002, la Sra. Coleman tuvo un hijo que padece crisis de apnea, así como laringomalacia y broncomalacia congénitas. El estado de su hijo exige cuidados específicos y especializados. La demandante le dispensa la mayor parte de los cuidados que éste necesita.
- 21 El 4 de marzo de 2005, la Sra. Coleman aceptó dimitir por exceso de plantilla («voluntary redundancy»), lo que puso fin al contrato que la vinculaba a su antiguo empresario.
- 22 El 30 de agosto de 2005, presentó una demanda ante el Employment Tribunal, London South, en la que sostenía que había sido víctima de un despido encubierto («unfair constructive dismissal») y de un trato menos favorable que el que obtuvieron los restantes empleados, debido al hecho de tener a su cargo un hijo discapacitado. La Sra. Coleman alega que se vio obligada, como consecuencia del trato recibido, a dejar de trabajar para su antiguo empresario.
- 23 De la resolución de remisión se desprende que aún no se han determinado en su integridad las circunstancias pertinentes del litigio principal, habida cuenta de que las cuestiones prejudiciales se plantearon con carácter preliminar. En efecto, el órgano jurisdiccional remitente suspendió el procedimiento en la parte del recurso relativa al despido de la Sra. Coleman, pero el 17 de febrero de 2006 celebró una vista preliminar dedicada al examen del motivo basado en la discriminación.
- 24 La cuestión preliminar que se suscitó ante el referido órgano jurisdiccional consiste en determinar si la demandante en el litigio principal puede ampararse en las disposiciones del Derecho nacional –especialmente en aquéllas cuya finalidad es adaptar dicho Derecho a la Directiva 2000/78– para invocar frente a su antiguo empresario la discriminación de la que considera haber sido objeto, en el sentido de que supuestamente fue víctima de un trato desfavorable relacionado con la discapacidad que padece su hijo.
- 25 De los términos de la resolución de remisión se desprende que, en el supuesto de que la interpretación de la Directiva 2000/78 por el Tribunal de Justicia fuera contraria a la propugnada por la Sra. Coleman, el Derecho nacional se opondría a

que prosperara la demanda presentada por esta última ante el órgano jurisdiccional remitente.

26 De la resolución de remisión se desprende asimismo que, con arreglo al Derecho del Reino Unido, cuando se celebra una vista preliminar sobre una cuestión de Derecho, el tribunal que conoce del asunto presume que los hechos se han producido del modo en que los relata la parte demandante. Se presume que los hechos del litigio, en el asunto principal, son los siguientes:

- Al reincorporarse la Sra. Coleman al trabajo tras el permiso de maternidad, su antiguo empresario se opuso a que se reintegrara en el puesto que había ocupado hasta ese momento, en circunstancias en las que sí se habría permitido que padres de hijos no discapacitados recuperaran sus antiguos puestos.
- El empresario también se opuso a concederle la misma flexibilidad horaria y las mismas condiciones de trabajo que a aquellos de sus compañeros de trabajo que son padres de hijos no discapacitados.
- La Sra. Coleman fue calificada de «perezosa» cuando solicitó una reducción de la jornada laboral para cuidar a su hijo, mientras que tales facilidades sí se concedieron a padres de hijos no discapacitados.
- La reclamación oficial que formuló contra el mal trato que padecía no fue objeto de la debida consideración, de manera que la Sra. Coleman se sintió obligada a retirarla.
- Se produjeron comentarios insultantes o fuera de lugar tanto contra ella misma como contra su hijo. No se formuló ningún comentario de esta naturaleza cuando otros empleados se vieron obligados a solicitar una reducción de la jornada laboral o mayor flexibilidad para ocuparse de sus hijos no discapacitados.
- Al haber llegado en ocasiones tarde a la oficina, a causa de problemas en el cuidado de su hijo, se le dijo que sería despedida si volvía a faltar a la puntualidad. No se amenazó de esta manera a otros trabajadores con hijos no discapacitados que llegaban tarde al trabajo por las mismas razones.

27 Al estimar que el litigio del que conoce suscitaba cuestiones de interpretación del Derecho comunitario, el Employment Tribunal, London South, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

- «1) En el contexto de la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad, ¿protege la Directiva [2000/78/CE] sólo a las propias personas discapacitadas frente a la discriminación directa y el acoso?
- 2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿protege la Directiva [2000/78] a los trabajadores que, aun sin estar ellos mismos discapacitados,

reciben un trato menos favorable o sufren acoso por su vinculación a una persona discapacitada?

- 3) Cuando un empresario trata a un trabajador de forma menos favorable en comparación con la forma en la que trata o trataría a otros trabajadores y consta que el motivo del trato del referido trabajador es el hecho de que tiene un hijo discapacitado a su cuidado, ¿constituye dicho trato una discriminación directa que vulnera el principio de igualdad de trato establecido por la Directiva [2000/78]?
- 4) Cuando un empresario acosa a un trabajador y consta que el motivo del trato de dicho trabajador es el hecho de que tiene un hijo discapacitado a su cuidado, ¿vulnera ese acoso el principio de igualdad de trato establecido por la Directiva [2000/78]?»

Sobre la admisibilidad

- 28 Aun considerando que las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente se suscitaron en un verdadero litigio, el Gobierno neerlandés ha puesto en tela de juicio la admisibilidad de la remisión prejudicial en virtud del hecho de que, al tratarse de cuestiones previas suscitadas con ocasión de una vista preliminar, todavía no se han determinado todas las circunstancias del asunto. El mencionado Gobierno observa que, cuando se celebra una vista preliminar de ese tipo, el juez nacional presume que los hechos se han producido del modo en que los relata la parte demandante.
- 29 A este respecto, cabe recordar que el artículo 234 CE establece una estrecha cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, basada en un reparto de funciones entre ellos. Del párrafo segundo del citado artículo se desprende claramente que incumbe al órgano jurisdiccional nacional decidir en qué fase del procedimiento procede plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia (véanse las sentencias de 10 de marzo de 1981, *Irish Creamery Milk Suppliers Association* y otros, 36/80 y 71/80, Rec. p. 735, apartado 5, y de 30 de marzo de 2000, *JämO*, C-236/98, Rec. p. I-2189, apartado 30).
- 30 Cabe observar que, en el asunto principal, el órgano jurisdiccional remitente consideró que, en el supuesto de que el Tribunal de Justicia no interpretara la Directiva 2000/78 en un sentido correspondiente al propugnado por la Sra. Coleman, no podría prosperar la demanda de ésta en cuanto al fondo. Así pues, el órgano jurisdiccional nacional decidió examinar, como permite la legislación del Reino Unido, la cuestión de si la citada Directiva debe interpretarse en el sentido de que resulta aplicable al despido de un trabajador en una situación como la de la Sra. Coleman, antes de determinar si, de hecho, esta última fue víctima de trato desfavorable o de acoso. Esta es la razón de que las cuestiones prejudiciales se plantearan partiendo de la presunción de que los hechos fueron tal como se resumen en el apartado 26 de la presente sentencia.

- 31 Dado que se ha sometido al Tribunal de Justicia una petición de interpretación del Derecho comunitario que no está manifiestamente desprovista de relación con la realidad o el objeto del litigio en el procedimiento principal y que este Tribunal dispone de los datos necesarios para responder de un modo útil a las cuestiones que se le han planteado, relativas a la aplicabilidad de la Directiva 2000/78 a dicho litigio, debe responder a la mencionada petición sin tener que pronunciarse acerca de la presunción sobre los hechos en la que se basó el órgano jurisdiccional remitente, presunción cuya validez habrá de comprobar posteriormente este último órgano jurisdiccional si ello resulta necesario (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de octubre de 1993, Enderby, C-127/92, Rec. p. I-5535, apartado 12).
- 32 En tales circunstancias, procede declarar la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial.

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la primera parte de la primera cuestión prejudicial, así como sobre las cuestiones prejudiciales segunda y tercera

- 33 Mediante estas cuestiones, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pide en lo sustancial que se dilucide si la Directiva 2000/78 y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 2, letra a), deben interpretarse en el sentido de que únicamente prohíben la discriminación por motivo de incapacidad cuando el propio trabajador es la persona discapacitada, o si el principio de igualdad de trato y la prohibición de la discriminación directa se aplican también cuando el propio trabajador no es la persona discapacitada, pero sí, como sucede en el asunto principal, la víctima de un trato desfavorable por motivo de la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere.
- 34 El artículo 1 de la Directiva 2000/78 define como objeto de la misma el de establecer, en el ámbito del empleo y la ocupación, un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual.
- 35 El artículo 2, apartado 1, de la misma Directiva define el principio de igualdad de trato como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1, con inclusión, pues, de la discapacidad.
- 36 Con arreglo al apartado 2, letra a), del citado artículo 2, existe discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo, entre otros, de discapacidad.
- 37 En virtud del artículo 3, apartado 1, letra c), la Directiva 2000/78 se aplicará, dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, a todas las

personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración.

- 38 Por consiguiente, de las citadas disposiciones de la Directiva 2000/78 no se desprende que el principio de igualdad de trato que ésta pretende garantizar se circunscriba a las personas que padezcan ellas mismas una discapacidad en el sentido de dicha Directiva. Antes al contrario, la Directiva tiene por objeto, en lo que atañe al empleo y al trabajo, combatir todas las formas de discriminación basadas en la discapacidad. En efecto, el principio de igualdad de trato que en esta materia consagra la citada Directiva no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la misma. Corroborar esta interpretación el tenor literal del artículo 13 CE, disposición que constituye la base jurídica de la Directiva 2000/78 y que atribuye a la Comunidad competencia para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivo, entre otros, de discapacidad.
- 39 Es verdad que, según se desprende de sus propios términos, la Directiva 2000/78 contiene varias disposiciones aplicables únicamente a las personas con discapacidad. En efecto, el artículo 5 precisa que, a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.
- 40 El artículo 7, apartado 2, de la misma Directiva prevé igualmente que, por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral.
- 41 A la luz de las disposiciones mencionadas en los dos apartados precedentes y de los considerandos decimosexto, decimoséptimo y vigésimo séptimo de la Directiva 2000/78, tanto el Gobierno del Reino Unido como los Gobiernos griego, italiano y neerlandés sostienen que la prohibición de discriminación directa prevista en dicha Directiva no puede interpretarse en el sentido de que incluye una situación como la de la demandante en el litigio principal, puesto que esta última no está ella misma discapacitada. Según los mencionados Gobiernos, tan sólo pueden invocar las disposiciones de la citada Directiva aquellas personas que, en una situación análoga a la de otras personas, son tratadas de manera menos favorable o colocadas en una situación desventajosa en razón de características que les son propias.
- 42 Sin embargo, es preciso señalar a este respecto que el hecho de que las disposiciones mencionadas en los apartados 39 y 40 de la presente sentencia se

refieran específicamente a las personas que padecen una discapacidad obedece a la circunstancia de que se trata, bien de disposiciones que establecen medidas de discriminación positiva en favor de la propia persona discapacitada, bien de medidas específicas que quedarían privadas de todo alcance o que podrían resultar desproporcionadas si no se circunscribieran exclusivamente a las personas que padecen alguna discapacidad. Según se desprende de los considerandos decimosexto y vigésimo de la Directiva, se trata de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo y para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad de esas personas. Así pues, la finalidad específica de tales medidas es hacer posible y facilitar la inserción de las personas con discapacidad en el mundo del trabajo y, por esta razón, sólo pueden resultar aplicables a las propias personas con discapacidad, así como a las obligaciones que, frente a ellas, tienen los correspondientes empresarios y, en su caso, los Estados miembros.

- 43 Por consiguiente, el hecho de que la Directiva 2000/78 contenga disposiciones destinadas a tener en cuenta específicamente las necesidades de las personas con discapacidad no permite llegar a la conclusión de que el principio de igualdad de trato que la misma consagra deba interpretarse de manera restrictiva, es decir, en el sentido de que prohíbe únicamente las discriminaciones directas por motivo de discapacidad que afecten exclusivamente a las propias personas con discapacidad. Por lo demás, el sexto considerando de la citada Directiva, al mencionar la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, remite tanto al combate general contra toda forma de discriminación como a la necesidad de adoptar medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas con discapacidad.
- 44 Los Gobiernos italiano, neerlandés y del Reino Unido sostienen también que la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas (C-13/05, Rec. p. I-6467), contiene una interpretación restrictiva del alcance *ratione personae* de la Directiva 2000/78. Según el Gobierno italiano, en aquella sentencia el Tribunal de Justicia asumió una interpretación restrictiva del concepto de discapacidad y de su pertinencia en la relación laboral.
- 45 En la citada sentencia Chacón Navas, el Tribunal de Justicia definió el concepto de «discapacidad» y, en los apartados 51 y 52 de la misma, consideró que la prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivo de discapacidad, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivo de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate. No obstante lo cual, tal interpretación no autoriza a deducir que el principio de igualdad de trato definido en el artículo 2, apartado 1, de esa misma Directiva y la prohibición de discriminación directa prevista en el apartado 2, letra a), del mismo artículo no puedan aplicarse a una situación como la controvertida en el litigio principal cuando el trato desfavorable que un trabajador alega haber sufrido esté motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere.

- 46 En efecto, aunque en el apartado 56 de la sentencia Chacón Navas, antes citada, el Tribunal de Justicia precisó que, a la vista del tenor literal del artículo 13 CE, el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 no puede ampliarse a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva –de manera que un trabajador que haya sido despedido por su empresario a causa exclusivamente de enfermedad no está comprendido en el marco general establecido por la Directiva 2000/78–, este Tribunal, sin embargo, no declaró que el principio de igualdad de trato y el alcance *ratione personae* de dicha Directiva deban interpretarse de manera restrictiva en lo que atañe a los motivos de que se trata.
- 47 En cuanto a los objetivos perseguidos por la Directiva 2000/78, la finalidad de ésta es, tal como se desprende de los apartados 34 y 38 de la presente sentencia, establecer un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra la discriminación por cualquiera de los motivos enumerados en el artículo 1 de la misma Directiva, entre los que figura específicamente la discapacidad, y ello con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato. Del considerando trigésimo séptimo se desprende que otro de los objetivos de la citada Directiva es el establecimiento en la Comunidad de un marco para la igualdad en el empleo y la ocupación.
- 48 Tal como alegan la Sra. Coleman, los Gobiernos lituano y sueco y la Comisión, tanto los mencionados objetivos como el efecto útil de la Directiva 2000/78 se verían comprometidos si un trabajador que se encuentre en una situación como la de la demandante en el litigio principal no pudiera invocar la prohibición de discriminación directa establecida en el artículo 2, apartado 2, letra a), de la misma Directiva cuando se haya probado que ha recibido un trato menos favorable que el que recibe, ha recibido o podría recibir otro trabajador en situación análoga, a causa de la discapacidad de un hijo suyo, y ello aunque el propio trabajador no sea discapacitado.
- 49 A este respecto, del undécimo considerando de la misma Directiva se desprende que el legislador comunitario también consideró que la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado, en particular por lo que se refiere al empleo.
- 50 Con todo, si bien es verdad que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, la persona objeto de discriminación directa por motivo de discapacidad no es ella misma una persona discapacitada, no es menos cierto que el motivo del trato menos favorable del que la Sra. Coleman alega haber sido víctima lo constituye precisamente la discapacidad. Según consta en el apartado 38 de la presente sentencia, la Directiva 2000/78, que tiene por objeto, en lo que atañe al empleo y al trabajo, combatir todas las formas de discriminación basadas en la discapacidad, no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la misma Directiva.
- 51 Una vez demostrado que un trabajador que se encuentra en una situación análoga a la controvertida en el litigio principal es víctima de discriminación directa por motivo de discapacidad, toda interpretación de la Directiva 2000/78 que

circunscriba la aplicación de ésta exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas personas discapacitadas podría privar a dicha Directiva de una parte considerable de su efecto útil y reducir la protección que pretende garantizar.

- 52 En cuanto a la carga de la prueba aplicable en una situación como la controvertida en el litigio principal, cabe recordar que, a tenor del artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78, los Estados miembros deben adoptar, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta. A tenor del apartado 2 de dicho artículo, lo dispuesto en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de que los Estados miembros adopten normas sobre la carga de la prueba más favorables a la parte demandante.
- 53 Así pues, en el asunto principal, incumbe a la Sra. Coleman, en virtud del artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78, acreditar ante el órgano jurisdiccional remitente hechos que permitan presumir que existe una discriminación directa por motivo de discapacidad prohibida por dicha Directiva.
- 54 A tenor de esta última disposición de la Directiva 2000/78 y del considerando trigésimo primero de la misma, las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse cuando haya un caso de presunta discriminación. En el supuesto de que la Sra. Coleman acredite hechos que permitan presumir que existe una discriminación directa, la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato exigirá que la carga de la prueba recaiga en los demandados en el litigio principal, quienes habrán de demostrar que no hubo violación de dicho principio.
- 55 En este contexto, dichos demandados podrían refutar la existencia de tal violación acreditando específicamente, mediante cualquier medio de prueba admisible en Derecho, que el trato del que fue objeto el trabajador estaba justificado por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por motivo de discapacidad, así como a toda relación que dicho trabajador pudiera mantener con una persona con discapacidad.
- 56 Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la primera parte de la primera cuestión prejudicial y a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que la Directiva 2000/78 y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 2, letra a), deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de discriminación directa que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en el citado artículo 2, apartado 2, letra a).

Sobre la segunda parte de la primera cuestión prejudicial y sobre la cuarta cuestión prejudicial

- 57 Mediante estas cuestiones, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pide en lo sustancial que se dilucide si la Directiva 2000/78 y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 3, deben interpretarse en el sentido de que únicamente prohíben el acoso relacionado con una discapacidad cuando la persona con discapacidad sea el propio trabajador, o si, por el contrario, la prohibición de acoso se aplica también cuando, como sucede en el litigio principal, el propio trabajador no es una persona con discapacidad, pero sí víctima de un comportamiento no deseado constitutivo de acoso relacionado con la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere.
- 58 Teniendo en cuenta que, en virtud del artículo 2, apartado 3, de la Directiva 2000/78, el acoso se considera discriminación a efectos del apartado 1 de ese mismo artículo, procede señalar que, por las mismas razones que las expuestas en los apartados 34 a 51 de la presente sentencia, la citada Directiva y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 3, deben interpretarse en el sentido de que no se limitan a prohibir el acoso frente a personas que sean ellas mismas discapacitadas.
- 59 Cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso sufrido por un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad está relacionado con la discapacidad de un hijo suyo, al que el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal comportamiento resulta contrario al principio de igualdad de trato consagrado por la Directiva 2000/78 y, en particular, a la prohibición del acoso enunciada en el artículo 2, apartado 3, de la misma.
- 60 No obstante, procede recordar a este respecto que, según los propios términos del artículo 2, apartado 3, de la citada Directiva, el concepto de acoso podrá definirse de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro.
- 61 En lo que atañe a la carga de la prueba aplicable a una situación como la controvertida en el litigio principal, procede declarar que, teniendo en cuenta que el acoso se considera discriminación a efectos del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2000/78, se aplican al acoso las mismas normas expuestas en los apartados 52 a 55 de la presente sentencia.
- 62 Por consiguiente, tal como se desprende del apartado 54 de la presente sentencia, a tenor del artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78 y del considerando trigésimo primero de la misma, las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse cuando haya un caso de presunta discriminación. En el supuesto de que la Sra. Coleman acredite hechos que permitan presumir que existe acoso, la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato exigirá que la carga de la prueba recaiga en los demandados en el litigio principal, quienes habrán de demostrar que no hubo acoso en las circunstancias del caso concreto.

- 63 Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la segunda parte de la primera cuestión prejudicial y a la cuarta cuestión prejudicial que la Directiva 2000/78 y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 3, deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de acoso que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso del que es víctima un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad está relacionado con la discapacidad de un hijo suyo, al que el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal comportamiento resulta contrario a la prohibición del acoso establecida en el citado artículo 2, apartado 3.

Costas

- 64 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

- 1) **La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 2, letra a), deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de discriminación directa que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en el citado artículo 2, apartado 2, letra a).**
- 2) **La Directiva 2000/78 y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 3, deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de acoso que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso del que es víctima un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad está relacionado con la discapacidad de un hijo suyo, al que el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal comportamiento resulta contrario a la prohibición del acoso establecida en el citado artículo 2, apartado 3.**

Firmas

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda)

de 11 de abril de 2013 (*)

«Política social – Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad – Directiva 2000/78/CE – Igualdad de trato en el empleo y la ocupación – Artículos 1, 2 y 5 – Diferencia de trato por motivos de discapacidad – Despido – Existencia de una discapacidad – Bajas del trabajador a causa de su discapacidad – Obligación de ajuste – Trabajo a tiempo parcial – Duración del plazo de preaviso»

En los asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11,

que tienen por objeto unas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Søg og Handelsretten (Dinamarca), mediante resoluciones de 29 de junio de 2011, recibidas en el Tribunal de Justicia el 1 de julio de 2011, en el procedimiento entre

HK Danmark, en representación de Jette Ring,

y

Dansk almennyttigt Boligselskab (asunto C-335/11),

y entre

HK Danmark, en representación de Lone Skouboe Werge,

y

Dansk Arbejdsgiverforening, en representación de Pro Display A/S, en situación de concurso (asunto C-337/11),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

integrado por la Sra. R. Silva de Lapuerta, Presidenta de Sala, el Sr. K. Lenaerts, Vicepresidente del Tribunal de Justicia, en funciones de Juez de la Sala Segunda, y los Sres. G. Arestis, A. Arabadjiev (Ponente) y J.L. da Cruz Vilaça, Jueces;

Abogado General: Sra. J. Kokott;

Secretaria: Sra. C. Strömholm, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 18 de octubre de 2012;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de HK Danmark, en representación de la Sra. Ring, por el Sr. J. Goldschmidt, advokat;
- en nombre de HK Danmark, en representación de la Sra. Skouboe Werge, por la Sra. M. Østergård, advokat;
- en nombre de Dansk almennyttigt Boligselskab, por el Sr. C. Emmeluth y la Sra. L. Greisen, advokater;
- en nombre de Dansk Arbejdsgiverforening, en representación de Pro Display A/S, por las Sras. T. Skyum y L. Greisen, advokater;
- en nombre del Gobierno danés, inicialmente por el Sr. C. Vang, posteriormente por la Sra. V. Pasternak Jørgensen, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno belga, por la Sra. L. Van den Broeck, en calidad de agente;
- en nombre de Irlanda, por el Sr. D. O'Hagan, en calidad de agente, asistido por el Sr. C. Power, BL;
- en nombre del Gobierno helénico, por la Sra. D. Tsagkaraki, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por la Sra. C. Gerardis, avvocato dello Stato;
- en nombre del Gobierno polaco, por el Sr. M. Szpunar y por las Sras. J. Faldyga y M. Załęka, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno del Reino Unido, por la Sra. K. Smith, Barrister;
- en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. M. Simonsen y el Sr. J. Enegren, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 6 de diciembre de 2012;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación de los artículos 1, 2 y 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, p. 16).
- 2 Dichas peticiones se presentaron en el marco de dos litigios, por un lado entre HK Danmark (en lo sucesivo, «HK»), en representación de la Sra. Ring, y Dansk almennyttigt Boligselskab (en lo sucesivo, «DAB»), y por otro lado entre HK, en representación de la Sra. Skoube Werge, y Dansk Arbejdsgiverforening, en representación de Pro Display A/S, en situación de concurso (en lo sucesivo, «Pro Display»), en relación con la legalidad del despido de las Sras. Ring y Skoube Werge.

Marco jurídico

Derecho internacional

- 3 La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 (DO 2010, L 23, p. 35; en lo sucesivo, «Convención de la ONU»), enuncia, en su considerando e):

«Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

- 4 A tenor del artículo 1 de esta Convención:

«El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.»

- 5 Según el artículo 2, párrafo cuarto, de dicha Convención, «por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales».

Derecho de la Unión

- 6 Los considerandos sexto y octavo de la Directiva 2000/78 prevén:

«(6) La Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores reconoce la importancia de combatir toda forma de discriminación y, especialmente, la necesidad de adoptar medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas mayores y de las personas con discapacidad.

[...]

(8) Las Directrices para el empleo del año 2000, aprobadas por el Consejo Europeo de Helsinki los días 10 y 11 de diciembre de 1999, subrayan la necesidad de promover un mercado de trabajo favorable a la integración social, mediante la formulación de una serie coherente de políticas dirigidas a combatir la discriminación respecto de grupos como las personas con discapacidad. Subrayan asimismo la necesidad de prestar especial atención al apoyo concedido a los trabajadores de más edad, a fin de prolongar su participación en la población activa.»

7 A tenor de los considerandos decimosexto y decimoséptimo de dicha Directiva:

«(16) La adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad.

(17) La presente Directiva no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad.»

8 Los considerandos vigésimo y vigésimo primero de la misma Directiva son del siguiente tenor:

«(20) Es preciso establecer medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de [tiempo de] trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre.

(21) Para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deberían tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que éstas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.»

9 Conforme a su artículo 1, la Directiva 2000/78 «tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato».

- 10 El artículo 2 de dicha Directiva, titulado «Concepto de discriminación», establece:

«1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

- a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;
- b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:
 - i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que
 - ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

[...]»

- 11 El artículo 5 de la referida Directiva, titulado «Ajustes razonables para las personas con discapacidad», está redactado como sigue:

«A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.»

Derecho danés

- 12 El artículo 2 de la Ley relativa a las relaciones jurídicas entre empleadores y empleados (lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer; en lo sucesivo, «FL») establece:

«1. El contrato de trabajo entre el empresario y el trabajador sólo podrá extinguirse mediante preaviso realizado conforme a las disposiciones enunciadas

a continuación. Estas disposiciones serán también aplicables a la extinción de un contrato de trabajo de duración determinada antes de llegar a su término.

2. La duración del preaviso habrá de ser:

1º) de un mes, hasta el último día del mes siguiente, durante los primeros seis meses de vigencia del contrato;

2º) de tres meses, hasta el último día del mes siguiente, después de los primeros seis meses de vigencia del contrato.

3. El plazo del preaviso previsto en el apartado 2, punto 2, aumentará en un mes por cada tres años de servicios, hasta un máximo de seis meses.»

- 13 El artículo 5 de la FL, que establece en particular que el trabajador por cuenta ajena tiene derecho a que se mantenga su remuneración en caso de baja por razón de enfermedad, dispone:

«1. Si el trabajador está incapacitado para desarrollar su trabajo a causa de enfermedad, la baja consiguiente en su trabajo será considerada como ausencia lícita por su parte, excepto si hubiera contraído la enfermedad intencionalmente o por negligencia grave durante su empleo, o si con falsedad hubiera omitido revelar cuando comenzó a trabajar que sufría esa enfermedad.

2. No obstante, podrá estipularse por escrito en el contrato de trabajo que el trabajador podrá ser despedido con un mes de preaviso, con efectos al término del mes siguiente al de la fecha de preaviso, si el trabajador hubiera percibido su salario durante períodos de baja por enfermedad de un total de 120 días a lo largo de cualquier período de doce meses consecutivos. La validez del preaviso requiere que éste se haya comunicado inmediatamente al cumplirse los 120 días de baja por enfermedad y que el trabajador aún se encuentre en esa situación, pero no afectará a su validez el hecho de que el trabajador vuelva a trabajar después de recibir el preaviso de despido.»

- 14 La transposición de la Directiva 2000/78 al Derecho danés se realizó mediante la Ley nº 1417, de 22 de diciembre de 2004, por la que se modifica la Ley relativa al principio de no discriminación en el mercado laboral (lov nr. 1417 om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m. v.; en lo sucesivo, «Ley antidiscriminación»). El artículo 2a de la Ley antidiscriminación dispone:

«Los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas públicas.»

Litigios principales y cuestiones prejudiciales

- 15 En 1996, la Sra. Ring fue contratada por la sociedad de viviendas sociales Boligorganisationen Samvirke en Lyngby (Dinamarca) y, desde el 17 de julio de 2000, por DAB, que adquirió dicha sociedad. La Sra. Ring estuvo de baja en diversas ocasiones entre el 6 de junio de 2005 y el 24 de noviembre de 2005. Los certificados médicos indican, en particular, que padece dolores permanentes en la región lumbar para los que no hay tratamiento. No se pudo efectuar ningún diagnóstico en cuanto a la perspectiva de reanudar una actividad profesional a tiempo completo.
- 16 Mediante escrito de DAB de 24 de noviembre de 2005, la Sra. Ring fue informada de su despido, conforme al artículo 5, apartado 2, de la FL.
- 17 De la documentación transmitida al Tribunal de Justicia se desprende que el lugar de trabajo fue objeto de ajustes después de este despido. DAB presentó un presupuesto, con fecha de 3 de septiembre de 2008, por un total de «unas 305.000 DKK (+ algo más)», respecto a «un mostrador de recepción con varios puestos de trabajo detrás», así como respecto a la «sustitución del revestimiento del suelo» y a la instalación de «planos de trabajo de altura ajustable».
- 18 El 1 de febrero de 2006, la Sra. Ring comenzó una nueva actividad laboral como recepcionista en la sociedad ADRA Danmark, con un tiempo de trabajo de 20 horas semanales. Las partes del litigio principal en el asunto C-335/11 están de acuerdo en que su puesto de trabajo es normal e incluye, en particular, una mesa de trabajo de altura ajustable.
- 19 Por su parte, la Sra. Skouboe Werge fue contratada en 1998 por Pro Display como secretaria asistente de dirección. El 19 de diciembre de 2003, fue víctima de un accidente de circulación y sufrió un «latigazo cervical». Estuvo por ello de baja médica durante unas tres semanas. Después no faltó al trabajo por enfermedad más que unos días. El 4 de noviembre de 2004, el Director de la contabilidad de Pro Display envió un correo electrónico al personal informándole de que, de común acuerdo, la Sra. Skouboe Werge estaría de baja por enfermedad a tiempo parcial durante cuatro semanas, período en el que trabajaría alrededor de cuatro horas al día. Pro Display percibió el reembolso del salario de la Sra. Skouboe Werge en la cuantía correspondiente a la prestación por enfermedad.
- 20 El lunes 10 de enero de 2005, la Sra. Skouboe Werge pasó a una situación de baja total por enfermedad. Mediante correo electrónico de 14 de enero de 2005, comunicó al Director gerente de Pro Display que aún se encontraba bastante mal e iba a consultar ese mismo día a un especialista. Un informe médico realizado el 17 de enero de 2005 manifiesta que la Sra. Skouboe Werge acudió a la consulta del médico ese día y declaró estar incapacitada para el trabajo desde el 10 de enero de 2005. En opinión del médico, la incapacidad para trabajar se prolongaría un mes más. En un informe de 23 de febrero de 2005, el mismo médico exponía que no podía pronunciarse sobre la duración de la incapacidad laboral.
- 21 Mediante escrito de 21 de abril de 2005, se comunicó a la Sra. Skouboe Werge su despido, con un preaviso de un mes con efectos a 31 de mayo de 2005.

- 22 La Sra. Skouboe Werge pasó por un proceso de evaluación ante la administración laboral de Randers, que llegó a la conclusión de que era capaz de trabajar unas ocho horas semanales a un ritmo lento. En junio de 2006, se le concedió la invalidez por su incapacidad laboral. En 2007, el Arbejdsskadestyrelsen (Oficina nacional de accidentes de trabajo y enfermedades laborales) fijó el grado de lesión de la Sra. Skouboe Werge en un 10 % y el grado de incapacidad en un 50 %, posteriormente reevaluado en un 65 %.
- 23 Actuando en nombre y por cuenta de las dos demandantes en los asuntos principales, HK, un sindicato de trabajadores, interpuso ante el Søg og Handelsretten una demanda de indemnización contra los empleadores de aquéllas sobre la base de la Ley antidiscriminación. HK afirma que las dos trabajadoras tenían una discapacidad y que sus respectivos empleadores tenían que haberles propuesto una reducción del tiempo de trabajo, en virtud de la obligación de realizar ajustes prevista en el artículo 5 de la Directiva 2000/78. HK sostiene igualmente que el artículo 5, apartado 2, de la FL no puede aplicarse en el caso de estas dos trabajadoras, ya que sus bajas por enfermedad eran consecuencia de sus discapacidades.
- 24 En los dos asuntos principales, los empleadores cuestionan que el estado de salud de las demandantes esté comprendido en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78, puesto que la única incapacidad que las afecta es que no pueden ejercer un trabajo a tiempo completo. También rebaten que la reducción de tiempo de trabajo sea una de las medidas a las que se refiere el artículo 5 de esta Directiva. Por último, los empleadores aducen que, en caso de bajas por enfermedad a causa de una discapacidad, el despido de un trabajador con discapacidad con arreglo al artículo 5, apartado 2, de la FL no constituye una discriminación y, por tanto, no es contrario a dicha Directiva.
- 25 El órgano jurisdiccional remitente señala que, en el apartado 45 de la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas (C-13/05, Rec. p. I-6467), el Tribunal de Justicia afirmó que, para que la limitación de la capacidad de participar en la vida profesional pueda incluirse en el concepto de «discapacidad», se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración.
- 26 En estas circunstancias, el Søg og Handelsretten decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales, que se formulan en términos idénticos en los asuntos C-335/11 y C-337/11:
- «1) a) ¿Está comprendida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva [2000/78] la situación de una persona que, a causa de dolencias físicas, mentales o psíquicas, no puede llevar cabo su trabajo, o sólo puede hacerlo en medida limitada, durante un período de tiempo que se ajusta al requisito de duración especificado en el apartado 45 [de la sentencia Chacón Navas, antes citada]?
- b) ¿Puede estar comprendida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como incurable?

- c) ¿Puede estar comprendida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable?
- 2) ¿Puede considerarse como una discapacidad, en el sentido en que se utiliza ese término en la Directiva [2000/78], una reducción permanente de la capacidad funcional que no origina la necesidad de medios auxiliares especiales o similares sino que consiste, sólo o esencialmente, en que la persona afectada no es capaz de trabajar a tiempo completo?
 - 3) ¿Se incluye entre las medidas a las que se refiere el artículo 5 de la Directiva [2000/78] una reducción de la jornada laboral?
 - 4) ¿Se opone la Directiva [2000/78] a la aplicación de una norma legal nacional conforme a la que un empresario está facultado para despedir a un trabajador con un preaviso abreviado si el trabajador ha percibido su salario durante períodos de baja por enfermedad de un total de 120 días a lo largo de un período de doce meses consecutivos, en el caso de un trabajador al que se deba considerar discapacitado en el sentido de la Directiva, cuando
 - a) la baja laboral fue causada por la discapacidad,
 - o
 - b) la baja laboral fue causada por el hecho de que el empresario no aplicó las medidas apropiadas en la situación concreta para permitir que la persona discapacitada llevara a cabo su trabajo?»
- 27 Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 4 de agosto de 2011, los asuntos C-335/11 y C-337/11 se acumularon a efectos de las fases escrita y oral y de la sentencia.

Sobre las cuestiones prejudiciales

Observaciones preliminares

- 28 Con carácter preliminar, debe recordarse que, en virtud del artículo 216 TFUE, apartado 2, cuando la Unión Europea celebra acuerdos internacionales, las instituciones de la Unión están vinculadas por tales acuerdos y, en consecuencia, éstos disfrutan de primacía sobre los actos de la Unión (sentencia de 21 de diciembre de 2011, Air Transport Association of America y otros, C-366/10, Rec. p. I-0000, apartado 50 y jurisprudencia citada).
- 29 Ha de recordarse igualmente que la primacía de los acuerdos internacionales celebrados por la Unión sobre las disposiciones de Derecho derivado impone interpretar éstas, en la medida de lo posible, de conformidad con dichos acuerdos (sentencia de 22 de noviembre de 2012, Digitalnet y otros, C-320/11, C-330/11, C-382/11 y C-383/11, Rec. p. I-0000, apartado 39 y jurisprudencia citada).

- 30 De la Decisión 2010/48 resulta que la Unión ha aprobado la Convención de la ONU. Por consiguiente, a partir de la entrada en vigor de ésta, sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 1974, Haegeman, 181/73, Rec. p. 449, apartado 5).
- 31 Asimismo, del apéndice adjunto al anexo II de dicha Decisión resulta que, en el ámbito de la vida independiente y la inclusión social, el trabajo y el empleo, la Directiva 2000/78 figura entre los actos de la Unión relativos a las materias regidas por la Convención de la ONU.
- 32 De ello se sigue que la Directiva 2000/78 debe interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con dicha Convención.
- 33 Procede responder a las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional remitente a la luz de las anteriores consideraciones.

Sobre las cuestiones primera y segunda

- 34 Mediante sus cuestiones primera y segunda, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que comprende el estado de salud de una persona que, a causa de dolencias físicas, mentales o psíquicas, no puede llevar cabo su trabajo, o sólo puede hacerlo en medida limitada, durante un período de tiempo que probablemente sea prolongado, o de manera permanente. Además, pregunta si dicho concepto debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como incurable, en el sentido de que también comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable y en el sentido de que la naturaleza de las medidas que ha de adoptar el empleador es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable el referido concepto.
- 35 Con carácter preliminar, debe señalarse que, según se desprende de su artículo 1, la Directiva 2000/78 tiene por objeto establecer un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra la discriminación por cualquiera de los motivos mencionados en dicho artículo, entre los que figura la discapacidad (véase la sentencia Chacón Navas, antes citada, apartado 41). Conforme a su artículo 3, apartado 1, letra c), esta Directiva se aplica, dentro del límite de las competencias conferidas a la Unión Europea, a todas las personas, en relación con, entre otras, las condiciones de despido.
- 36 Es preciso recordar que el concepto de «discapacidad» no se define en la propia Directiva 2000/78. De este modo, el Tribunal de Justicia declaró, en el apartado 43 de la sentencia Chacón Navas, antes citada, que debe entenderse que dicho concepto se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional.

- 37 Por su parte, la Convención de la ONU, ratificada por la Unión Europea mediante Decisión de 26 de noviembre de 2009, es decir, después de que se dictara la sentencia Chacón Navas, antes citada, reconoce en su considerando e) que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Así, el artículo 1, párrafo segundo, de esta Convención dispone que son personas con discapacidad aquellas «que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».
- 38 Habida cuenta de las consideraciones mencionadas en los apartados 28 a 32 de la presente sentencia, el concepto de «discapacidad» debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.
- 39 Además, se deduce del artículo 1, párrafo segundo, de la Convención de la ONU que las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales deben ser «a largo plazo».
- 40 Procede añadir asimismo que, tal como señaló la Abogado General en el punto 32 de sus conclusiones, no se aprecia que la Directiva 2000/78 sólo pretenda comprender las discapacidades de nacimiento o debidas a accidentes, excluyendo las causadas por una enfermedad. En efecto, sería contrario al objetivo mismo de esta Directiva, que consiste en hacer realidad el principio de igualdad de trato, admitir que ésta pueda aplicarse en función de la causa de la discapacidad.
- 41 Por consiguiente, procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78.
- 42 En cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78. En efecto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación (véase la sentencia Chacón Navas, antes citada, apartado 57).
- 43 La circunstancia de que la persona de que se trate sólo pueda desempeñar su trabajo de manera limitada no impide que a su estado de salud se le aplique el concepto de «discapacidad». Contrariamente a lo que alegan DAB y Pro Display, una discapacidad no implica necesariamente la exclusión total del trabajo o de la vida profesional.

- 44 A este respecto, procede considerar que el concepto de «discapacidad», tal como resulta del apartado 38 de la presente sentencia, debe entenderse en el sentido de que se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, pero no, como aducen DAB y Pro Display, como una imposibilidad de ejercer tal actividad. El estado de salud de una persona discapacitada que puede trabajar, aunque sólo sea a tiempo parcial, puede, por tanto, entrar dentro del concepto de «discapacidad». Por lo demás, una interpretación como la propuesta por DAB y Pro Display sería incompatible con el objetivo de la Directiva 2000/78, que tiene como finalidad que una persona con discapacidades pueda acceder al empleo o tomar parte en él.
- 45 Además, la constatación de la existencia de una discapacidad no depende de la naturaleza de los ajustes, como la utilización de equipamiento especial. A este respecto, procede señalar que la definición del concepto de «discapacidad» en el sentido del artículo 1 de la Directiva 2000/78 precede a la determinación y a la apreciación de las medidas de ajuste adecuadas a que se refiere el artículo 5 de ésta.
- 46 Conforme al decimosexto considerando de la Directiva 2000/78, estas medidas tienen por objeto la adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad. Por lo tanto, son la consecuencia y no el elemento constitutivo del concepto de discapacidad. Asimismo, las medidas o los ajustes a que se refiere el vigésimo considerando de la Directiva permiten respetar la obligación que emana del artículo 5 de dicha Directiva, pero son aplicables sólo a condición de que exista una discapacidad.
- 47 De las anteriores consideraciones se desprende que procede responder a las cuestiones primera y segunda que el concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto.

Sobre la tercera cuestión

- 48 Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 5 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la reducción del tiempo de trabajo puede constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere ese artículo.
- 49 Tal como dispone dicho artículo, los empresarios han de tomar las medidas adecuadas, en particular, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente. A este respecto, el vigésimo considerando de dicha Directiva realiza una enumeración no

exhaustiva de tales medidas, que pueden ser de orden físico, organizativo o educativo.

- 50 Procede indicar que ni el artículo 5 de la Directiva 2000/78 ni el vigésimo considerando de ésta mencionan la reducción del tiempo de trabajo. No obstante, es preciso interpretar el concepto de «pautas de [tiempo de] trabajo», que figura en dicho considerando, para determinar si el ajuste del tiempo de trabajo puede estar comprendido en ese concepto.
- 51 DAB y Pro Display alegan a este respecto que dicho concepto se refiere a elementos como la organización del ritmo y la cadencia del trabajo, por ejemplo, en el marco de un proceso de producción, así como las pausas, de manera que se atenúe en lo posible la carga del trabajador discapacitado.
- 52 Sin embargo, ni del vigésimo considerando ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2000/78 se desprende que el legislador de la Unión haya pretendido limitar el concepto de «pautas de [tiempo de] trabajo» a tales elementos y excluir de éste el ajuste de los horarios, en particular la posibilidad de que las personas discapacitadas que no tienen o han perdido la capacidad de trabajar a tiempo completo efectúen su trabajo a tiempo parcial.
- 53 Conforme al artículo 2, párrafo cuarto, de la Convención de la ONU, los «ajustes razonables» son «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales». De ello se sigue que dicha disposición preconiza una definición amplia del concepto de «ajuste razonable».
- 54 Así, en lo que atañe a la Directiva 2000/78, este concepto debe entenderse en el sentido de que se refiere a la eliminación de las barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas discapacitadas en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.
- 55 Puesto que, por un lado, el vigésimo considerando de la Directiva 2000/78 y el artículo 2, párrafo cuarto, de la Convención de la ONU prevén medidas no sólo materiales, sino también organizativas, y, por otro lado, el término «pauta [de tiempo]» de trabajo ha de entenderse como la cadencia o el ritmo con el que se efectúa el trabajo, no cabe excluir que una disminución del tiempo de trabajo pueda constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere el artículo 5 de esta Directiva.
- 56 Debe señalarse asimismo que la enumeración de medidas adecuadas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, contenida en el vigésimo considerando de la Directiva 2000/78, no es exhaustiva y, por tanto, la reducción del tiempo de trabajo, aunque no estuviera comprendida en el concepto de «pautas de [tiempo de] trabajo», puede considerarse como una medida de ajuste contemplada en el artículo 5 de esta Directiva en los casos en los que la reducción del tiempo de trabajo permita al trabajador continuar ejerciendo su empleo, conforme al objetivo perseguido por dicho artículo.

- 57 No obstante, procede recordar que, según su decimoséptimo considerando, la Directiva 2000/78 no obliga a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, entre los que figura una eventual reducción de su tiempo de trabajo.
- 58 Además, es preciso señalar que, conforme al artículo 5 de dicha Directiva, los ajustes a los que tienen derecho las personas con discapacidad deben ser razonables, en el sentido de que no deben constituir una carga excesiva para los empleadores.
- 59 Por tanto, en los asuntos principales, incumbe al juez nacional apreciar si la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste supone una carga excesiva para los empleadores.
- 60 Tal como se desprende del vigésimo primer considerando, a este respecto es preciso tener en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que esta medida implica, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.
- 61 Procede recordar que, en el marco del procedimiento con arreglo al artículo 267 TFUE, basado en una clara separación de las funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, toda apreciación de los hechos del asunto es competencia del órgano jurisdiccional nacional. Sin embargo, para proporcionarle una respuesta útil, el Tribunal de Justicia puede, en aras de la cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales, facilitarle todas las indicaciones que considere necesarias (sentencia de 15 de abril de 2010, Sandström, C-433/05, Rec. p. I-2885, apartado 35 y jurisprudencia citada).
- 62 A efectos de esta apreciación, puede constituir un elemento pertinente la circunstancia, señalada por el órgano jurisdiccional remitente, de que, inmediatamente después del despido de la Sra. Ring, DAB anunciara un puesto de trabajo para un empleado o empleada de oficina a tiempo parcial, es decir, 22 horas semanales, en su agencia regional de Lyngby. La documentación transmitida al Tribunal de Justicia no contiene ningún elemento que permita acreditar que la Sra. Ring no fuera capaz de ocupar ese puesto a tiempo parcial o que permita comprender las razones que justifican que no se le propusiera. Además, el órgano jurisdiccional remitente indica que, poco después de su despido, la Sra. Ring comenzó un nuevo trabajo como recepcionista en otra sociedad y que la duración real del tiempo de trabajo era de 20 horas semanales.
- 63 Por lo demás, tal como señaló el Gobierno danés durante la vista, el Derecho danés prevé la posibilidad de conceder a las empresas ayudas públicas para los ajustes que tengan por objeto facilitar el acceso de las personas discapacitadas al mercado de trabajo, en particular, iniciativas que tienen la finalidad de incentivar que los empleadores contraten y mantengan en sus puestos a personas con discapacidades.

- 64 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la tercera cuestión que el artículo 5 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la reducción del tiempo de trabajo puede constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere dicho artículo. Corresponde al juez nacional apreciar si, en las circunstancias de los asuntos principales, la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste supone una carga excesiva para el empleador.

Sobre la cuarta cuestión, letra b)

- 65 Mediante su cuarta cuestión, letra b), el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de que el empleador no adoptó las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar ajustes razonables prevista en el artículo 5 de dicha Directiva.
- 66 Procede señalar que la circunstancia de que un empleador no haya adoptado dichas medidas puede tener como efecto, habida cuenta de la obligación emanada del artículo 5 de la Directiva 2000/78, que las bajas de un trabajador con discapacidad se atribuyan a una falta del empleador y no a la discapacidad del trabajador.
- 67 En caso de que el órgano jurisdiccional nacional apreciara que las bajas de los trabajadores son, en los casos de autos, imputables al hecho de que el empleador no adoptó las medidas de ajuste adecuadas, la Directiva 2000/78 se opondría a la aplicación de una disposición nacional como la controvertida en los asuntos principales.
- 68 A la luz de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuarta cuestión, letra b), que la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de que el empleador no adoptó las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar ajustes razonables prevista en el artículo 5 de dicha Directiva.

Sobre la cuarta cuestión, letra a)

- 69 Mediante su cuarta cuestión, letra a), el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad.

- 70 Procede considerar que, mediante esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente se refiere al supuesto de que el artículo 5, apartado 2, de la FL se aplique a una persona con discapacidad tras una baja por enfermedad atribuible total o parcialmente a su discapacidad y no a la circunstancia de que el empleador no haya adoptado las medidas adecuadas conforme a la obligación de realizar ajustes razonables prevista en el artículo 5 de la Directiva 2000/78.
- 71 Tal como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 48 de la sentencia Chacón Navas, antes citada, un trato desfavorable por motivos de discapacidad sólo choca con la protección que pretende la Directiva 2000/78 en la medida en que constituya una discriminación con arreglo al artículo 2, apartado 1, de la misma Directiva. En efecto, el trabajador discapacitado al que se aplica esta Directiva debe ser protegido contra cualquier discriminación respecto a un trabajador que no lo es. Por consiguiente, se suscita la cuestión de si la disposición nacional controvertida en los asuntos principales puede acarrear una discriminación contra las personas discapacitadas.
- 72 En lo que atañe a la cuestión de si la disposición controvertida en los litigios principales contiene una diferencia de trato por motivos de discapacidad, procede señalar que el artículo 5, apartado 2, de la FL, que se refiere a las bajas por enfermedad, se aplica de manera idéntica a las personas con discapacidad y a las personas sin discapacidad que hayan estado de baja más de 120 días por esta razón. En estas circunstancias, no cabe estimar que esta disposición establezca una diferencia de trato directa por motivos de discapacidad, en el sentido de las disposiciones combinadas de los artículos 1 y 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78.
- 73 A este respecto, procede señalar que una persona cuyo empleador ha puesto fin a su contrato de trabajo con un preaviso abreviado exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad (véase, por analogía, la sentencia Chacón Navas, antes citada, apartado 47).
- 74 Por consiguiente, procede estimar que el artículo 5, apartado 2, de la FL no contiene una discriminación directa por motivos de discapacidad en la medida en que se basa en un criterio que no está indisolublemente ligado a la discapacidad.
- 75 En lo que atañe a la cuestión de si dicha disposición puede suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, procede señalar que incluir los días de baja por enfermedad ligada a la discapacidad en el cálculo de los días de baja por enfermedad equivale a asimilar una enfermedad ligada a una discapacidad al concepto general de enfermedad. Ahora bien, tal como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 44 de la sentencia Chacón Navas, antes citada, es preciso excluir la equiparación pura y simple de los conceptos de «discapacidad» y de «enfermedad».
- 76 Debe señalarse a este respecto que un trabajador discapacitado está más expuesto al riesgo de que se le aplique el plazo de preaviso abreviado previsto en el artículo 5, apartado 2, de la FL que un trabajador sin discapacidad. En efecto, tal como indicó la Abogado General en el punto 67 de sus conclusiones, en comparación

con un trabajador sin discapacidad, un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad. De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar el límite de 120 días previsto en el artículo 5, apartado 2, de la FL. Por tanto, queda de manifiesto que la regla de los 120 días prevista en esta disposición puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78.

- 77 Conforme al inciso i) de dicha disposición, es preciso examinar si esta diferencia de trato puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima, si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y si no exceden de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido por el legislador danés.
- 78 En lo que atañe al objetivo del artículo 5, apartado 2, de la FL, el Gobierno danés subraya que se trata de incentivar que los empleadores contraten y mantengan en sus puestos de trabajo a trabajadores que tienen un riesgo particular de incurrir en bajas por enfermedad de manera repetida, permitiéndoles despedir más tarde a estos últimos con un preaviso abreviado, si la baja tiende a ser de muy larga duración. Como contrapartida, estos trabajadores pueden conservar su trabajo mientras dure su enfermedad.
- 79 Este Gobierno señala que dicha regla, por tanto, atiende a los intereses del empleador y del trabajador y se inscribe plenamente en la línea de la regulación general del mercado de trabajo danés, que se basa en una combinación entre, por un lado, la flexibilidad y la libertad contractual y, por otro, la protección de los trabajadores.
- 80 DAB y Pro Display precisan que la regla de los 120 días prevista en el artículo 5, apartado 2, de la FL se considera una medida protectora de los trabajadores enfermos, puesto que un empleador que haya aceptado su aplicación será generalmente proclive a esperar más antes de despedir a uno de esos trabajadores.
- 81 Procede recordar que los Estados miembros gozan de un amplio margen de apreciación no sólo en lo que atañe a la opción de perseguir un objetivo determinado en materia de política social y de empleo, sino también en la definición de las medidas idóneas para alcanzarlo (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de julio de 2012, Hörnfeldt, C-141/11, Rec. p. I-0000, apartado 32, y de 6 de diciembre de 2012, Odar, C-152/11, Rec. p. I-0000, apartado 47).
- 82 El Tribunal de Justicia ya ha declarado que la promoción de la contratación constituye un objetivo legítimo de la política social o de empleo de los Estados miembros y que esta apreciación es evidentemente válida por lo que respecta a los instrumentos de la política del mercado de trabajo nacional con los que se pretende mejorar las oportunidades de inserción en la vida activa de ciertas categorías de trabajadores (véase la sentencia de 16 de octubre de 2007, Palacios de la Villa, C-411/05, Rec. p. I-8531, apartado 65). Asimismo, una medida adoptada con objeto de favorecer la flexibilidad del mercado de trabajo puede considerarse como una medida comprendida dentro de la política de empleo.

- 83 Por tanto, cabe considerar que, en principio, unos objetivos como los indicados por el Gobierno danés pueden justificar objetivamente, en el marco del Derecho nacional, tal como prevé el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78, una diferencia de trato basada en la discapacidad, tal como la resultante del artículo 5, apartado 2, de la FL.
- 84 Pero aún hay que comprobar si los medios para la consecución de estos objetivos son adecuados y necesarios y si no exceden de lo requerido para alcanzarlos.
- 85 El Gobierno danés considera que el artículo 5, apartado 2, de la FL permite alcanzar de la manera más adecuada, por un lado, el objetivo de permitir la contratación y el mantenimiento en el empleo de personas que tengan, al menos potencialmente, una capacidad de trabajo reducida y, por otro lado, el objetivo superior de un mercado de trabajo flexible, pactado y seguro.
- 86 DAB y Pro Display precisan a este respecto que, según la normativa danesa sobre las prestaciones en caso de enfermedad, el empleador que paga la remuneración al trabajador de baja por enfermedad tiene derecho al reembolso de las prestaciones de enfermedad por parte de las autoridades municipales del lugar de residencia del trabajador. Aducen que, no obstante, el derecho a esas prestaciones se limita a 52 semanas y que su importe es inferior a la remuneración real. En estas circunstancias, entienden que las disposiciones del artículo 5, apartado 2, de la FL aseguran un equilibrio razonable entre los intereses opuestos del empleado y del empleador, en lo que atañe a las bajas por enfermedad.
- 87 Habida cuenta del amplio margen de apreciación reconocido a los Estados miembros no sólo en lo que atañe a la opción de perseguir un objetivo determinado en materia de política social y de empleo, sino también en la definición de las medidas idóneas para alcanzarlo, no resulta irrazonable que éstos consideren que una medida como la regla de los 120 días prevista en el artículo 5, apartado 2, de la FL pueda ser adecuada para alcanzar los objetivos antes mencionados.
- 88 En efecto, cabe admitir que dicha regla, al establecer el derecho a recurrir a un preaviso abreviado para despedir a trabajadores que hayan estado de baja por enfermedad durante más de 120 días, tenga, respecto a los empleadores, el efecto de un incentivo para la contratación y el mantenimiento en el puesto de trabajo.
- 89 Con objeto de examinar si la regla de los 120 días prevista en el artículo 5, apartado 2, de la FL excede de lo necesario para alcanzar las finalidades perseguidas, procede situar ese precepto en el contexto en que se inscribe y tomar en consideración el perjuicio que puede ocasionar a las personas a que se refiere (véase, en este sentido, la sentencia Odar, antes citada, apartado 65).
- 90 A este respecto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si el legislador danés, al perseguir los objetivos legítimos de la promoción de la contratación de las personas enfermas, por un lado, y de un equilibrio razonable entre los intereses opuestos del empleado y del empleador en lo que atañe a las bajas por enfermedad, por otro lado, no tuvo en cuenta datos relevantes que se refieren, en particular, a los trabajadores con discapacidad.

- 91 En este sentido, no debe ignorarse el riesgo que corren las personas afectadas por una discapacidad, que en general encuentran más dificultades que los trabajadores sin discapacidad para reincorporarse al mercado de trabajo y tienen necesidades específicas ligadas a la protección que requiere su estado (véase, en este sentido, la sentencia Odar, antes citada, apartados 68 y 69).
- 92 A la luz de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuarta cuestión, letra a), que la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente.

Costas

- 93 Dado que el procedimiento tiene, para las partes de los litigios principales, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes de los litigios principales, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

- 1) **El concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias física, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto.**
- 2) **El artículo 5 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la reducción del tiempo de trabajo puede constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere dicho artículo. Corresponde al juez nacional apreciar si, en las circunstancias de los asuntos principales, la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste supone una carga excesiva para el empleador.**
- 3) **La Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner**

fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de que el empleador no adoptó las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar ajustes razonables prevista en el artículo 5 de dicha Directiva.

- 4) La Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente.**

Firmas

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta)

de 18 de diciembre de 2014 (*)

«Procedimiento prejudicial — Política social — Despido — Causa — Obesidad del trabajador — Principio general de no discriminación por razón de obesidad — Inexistencia — Directiva 2000/78/CE — Igualdad de trato en el empleo y la ocupación — Prohibición de cualquier discriminación por motivo de discapacidad — Existencia de “discapacidad”»

En el asunto C-354/13,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el retten i Kolding (Dinamarca), mediante resolución de 25 de junio de 2013, recibida en el Tribunal de Justicia el 27 de junio de 2013, en el procedimiento entre

Fag og Arbejde (FOA), por cuenta de Karsten Kaltoft,

y

Kommunernes Landsforening (KL), por cuenta de Billund Kommune,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. L. Bay Larsen, Presidente de Sala, y la Sra. K. Jürimäe, los Sres. J. Malenovský y M. Safjan (Ponente) y la Sra. A. Prechal, Jueces;

Abogado General: Sr. N. Jääskinen;

Secretario: Sra. C. Strömholm, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 12 de junio de 2014;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Fag og Arbejde (FOA), que a su vez actúa por cuenta del Sr. Kaltoft, por el Sr. J. Sand, advokat;
- en nombre de Kommunernes Landsforening (KL), que a su vez actúa por cuenta de Billund Kommune, por la Sra. Y. Frederiksen, advokat;
- en nombre del Gobierno danés, por el Sr. C. Thorning y la Sra. M. Wolff, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. M. Clausen y el Sr. D. Martin, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 17 de julio de 2014;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La presente petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación de los principios generales del Derecho de la Unión y de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, p. 16).
- 2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio seguido entre Fag og Arbejde (FOA), sindicato que actúa por cuenta del Sr. Kaltoft, y Kommunernes Landsforening (KL) (federación nacional de municipios daneses), que actúa por cuenta de Billund Kommune (municipio de Billund, Dinamarca), en relación con la procedencia del despido del Sr. Kaltoft, que presuntamente se basó en su obesidad.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

- 3 Según los considerandos primero, undécimo, duodécimo, decimoquinto, vigesimoctavo y trigésimo primero de la Directiva 2000/78:

«(1) De conformidad con el artículo 6 del [TUE], la Unión Europea se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a todos los Estados miembros[,] y respeta los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, [hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950,] y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho comunitario.

[...]

(11) La discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas.

(12) A tal fin, se deberá prohibir en toda la Comunidad cualquier discriminación directa o indirecta por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en los ámbitos a que se refiere la presente Directiva. [...]

[...]

(15) La apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta corresponde a los órganos judiciales u otros órganos competentes nacionales, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales. Estas normas podrán disponer que la discriminación indirecta se establezca por cualquier medio, incluso a partir de pruebas estadísticas.

[...]

(28) Las disposiciones de la presente Directiva establecen requisitos mínimos, reconociendo a los Estados miembros la facultad de introducir o mantener disposiciones más favorables. La aplicación de la presente Directiva no puede servir para justificar retroceso alguno con respecto a la situación ya existente en cada Estado miembro.

[...]

(31) Las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse cuando haya un caso de presunta discriminación y en el caso en que se verifique tal situación a fin de que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada. No obstante, no corresponde a la parte demandada probar que la parte demandante pertenece a una determinada religión, posee determinadas convicciones,

presenta una determinada discapacidad, es de una determinada edad o tiene una determinada orientación sexual.

- 4 De conformidad con el artículo 1 de dicha norma:

«La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.»

- 5 El artículo 2, apartados 1 y 2, de la misma norma establece lo siguiente:

«1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;
[...]

- 6 El artículo 3, apartado 1, letra c), de la norma dispone lo siguiente:

«Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:
[...]

c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración [...].»

- 7 A tenor del artículo 5 de la Directiva 2000/78:

«A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.»

- 8 De conformidad con el artículo 8, apartado 1, de dicha norma:

«Los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva.»

- 9 El artículo 10, apartados 1 y 2, de la misma Directiva establece lo siguiente:

«1. Los Estados miembros adoptarán[,] con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de que los Estados miembros adopten normas sobre la prueba más favorables a la parte demandante.»

Derecho danés

- 10 El ordenamiento jurídico danés se adaptó a la Directiva 2000/78 mediante la lov nr. 1417 om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. (Ley nº 1417, por la que se modifica la Ley de no discriminación en el mercado de trabajo), de 22 de diciembre de 2004.

- 11 De conformidad con el artículo 1, apartado 1, de dicha Ley, en la versión que corresponde al Decreto de refundición nº 1349, de 16 de diciembre de 2008 (en lo sucesivo, «Ley contra la discriminación»):

«Se entenderá por discriminación a efectos de la presente Ley todo acto de discriminación directa o indirecta por motivos de raza, color de la piel, religión o convicciones, opiniones políticas, orientación sexual, edad, discapacidad, nacionalidad u origen social o étnico.»

- 12 El artículo 2, apartado 1, de la misma Ley establece lo siguiente:

«Ningún empresario podrá discriminar a sus empleados o a los solicitantes de puestos de trabajo vacantes en materia de contratación, despido, traslados y promociones, o con respecto a la remuneración y las condiciones de trabajo.»

- 13 El artículo 2 *bis* de la Ley dispone lo siguiente:

«Los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación. No existirá dicha obligación si acarrea cargas excesivas al empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas públicas.»

- 14 De conformidad con el artículo 7, apartado 1, de la Ley contra la discriminación:

«Podrá concederse una compensación a las personas cuyos derechos hayan sido lesionados por la infracción de los artículos 2 a 4.»

- 15 A tenor del artículo 7 *bis* de dicha Ley:

«Corresponderá a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato si una persona que se considera perjudicada por el

incumplimiento de los artículos 2 a 4 alega hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta.»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 16 El 1 de noviembre de 1996, Billund Kommune, que forma parte de las Administraciones públicas de Dinamarca, contrató al Sr. Kaltoft, mediante contrato de duración definida, como cuidador infantil, para cuidar en su propio domicilio a niños.
- 17 Posteriormente, Billund Kommune firmó con el Sr. Kaltoft un contrato de cuidador infantil de duración indefinida, con efectos de 1 de enero de 1998. El Sr. Kaltoft desempeñó dicho puesto durante unos quince años.
- 18 Es pacífico entre las partes del litigio principal que durante el tiempo que el Sr. Kaltoft trabajó para Billund Kommune estaba «obeso», según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS). La obesidad figura con el código E66 en la «Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud» de la OMS (CIE-10).
- 19 El Sr. Kaltoft intentó perder peso y Billund Kommune lo apoyó económicamente desde enero de 2008 hasta enero de 2009, en el marco de su política de salud, a fin de que pudiera participar en cursos para recuperar la forma y otras actividades físicas. El Sr. Kaltoft perdió peso pero, como en intentos anteriores, lo recuperó después.
- 20 En marzo de 2010, tras haber disfrutado de un permiso de un año por motivos familiares, el Sr. Kaltoft se reincorporó a su trabajo de cuidador infantil. Después de ello, recibió varias visitas inesperadas de la responsable de los cuidadores infantiles, para interesarse por su pérdida de peso. Durante las mismas, dicha responsable pudo comprobar que el peso del Sr. Kaltoft prácticamente no había variado.
- 21 Habida cuenta de la reducción del número de niños en Billund Kommune, desde la semana treinta y ocho del año 2010 el Sr. Kaltoft se tuvo que ocupar de sólo tres niños, en lugar de cuatro, que era el número para el que se había decidido su contratación.
- 22 Según la resolución de remisión, se solicitó a los inspectores educativos de Billund Kommune que propusieran el nombre del cuidador infantil que sería despedido y, de acuerdo con las propuestas recibidas, la responsable de dichos cuidadores decidió que sería el Sr. Kaltoft.
- 23 El 1 de noviembre de 2010 se informó por teléfono al Sr. Kaltoft de que Billund Kommune tenía la intención de despedirlo, lo cual dio lugar a la instrucción del procedimiento de audiencia obligatorio en caso de despido de empleado público.
- 24 Ese mismo día, durante una entrevista con la responsable de los cuidadores infantiles y ante la representante del personal, el Sr. Kaltoft preguntó por qué

motivo era el único cuidador infantil despedido. Las partes del litigio principal coinciden en que durante dicha reunión se abordó la obesidad del Sr. Kaltoft. Sin embargo, no coinciden en por qué se abordó en dicha reunión ni en la importancia que tuvo la obesidad del Sr. Kaltoft en la toma de la decisión que llevó a su despido.

- 25 Mediante escrito de 4 de noviembre de 2010, Billund Kommune comunicó formalmente al Sr. Kaltoft su intención de despedirlo y lo instó a presentar, en caso de desearlo, observaciones al respecto. En dicho escrito se exponía que se le iba a despedir «tras un examen concreto a la vista del número decreciente de niños, y por consiguiente de la carga de trabajo, que tiene consecuencias económicas graves para el servicio de cuidado de niños y para la organización de éste».
- 26 El Sr. Kaltoft no pudo obtener precisiones sobre por qué la decisión de despedir a uno de los cuidadores infantiles había recaído sobre él. Fue el único cuidador despedido por el descenso de la carga de trabajo que se había alegado.
- 27 Dado que Billund Kommune fijó al Sr. Kaltoft un plazo para presentar observaciones, éste expresó mediante escrito de 10 de noviembre de 2010 su convicción de que su despido se debía a su obesidad.
- 28 Billund Kommune despidió al Sr. Kaltoft mediante escrito de 22 de noviembre de 2010, indicando en él que dicho despido se producía tras un «examen concreto a la vista del número decreciente de niños». Billund Kommune no realizó observación alguna sobre la convicción expresada por el Sr. Kaltoft en su escrito de 10 de noviembre de 2010 respecto de la causa real de su despido.
- 29 Actuando por cuenta del Sr. Kaltoft, FOA interpuso un recurso ante el retten i Kolding (tribunal de Kolding) en el que sostenía que, con su despido, el Sr. Kaltoft había sido víctima de discriminación por motivo de obesidad, y que por ello debían concedérsele daños y perjuicios.
- 30 Así las cosas, el retten i Kolding decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:
 - «1) ¿Es contraria al Derecho de la Unión, según se manifiesta, por ejemplo, en el artículo 6 TUE, relativo a los derechos fundamentales, una discriminación por motivo de obesidad en el mercado de trabajo, en general, o por parte de un empleador público, en particular?
 - 2) ¿Una eventual prohibición por el Derecho de la Unión de la discriminación por motivo de obesidad es directamente aplicable a la relación entre un nacional danés y su empleador, una autoridad pública?
 - 3) Si el Tribunal de Justicia considerase que en la Unión Europea existe una prohibición de discriminación por motivo de obesidad en el mercado de trabajo, en general, o por parte de un empleador público, en particular, ¿deberá efectuarse el examen de si se vulneró una eventual prohibición de discriminación por motivo de obesidad conforme a las normas relativas al reparto de la carga de la prueba, de modo que para la aplicación efectiva de

dicha prohibición, en un caso en que se pueda presumir que se ha producido discriminación, la carga de la prueba deba corresponder al empleador contra el que existe una denuncia o que actúa como demandado en un procedimiento judicial [...]?

- 4) ¿Puede considerarse la obesidad como una discapacidad cubierta por la protección que brinda la Directiva 2000/78 [...], y, en su caso, qué criterios resultan determinantes para apreciar que la obesidad de una persona implica en concreto la protección de dicha persona por la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad, prevista en la citada Directiva?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la primera cuestión prejudicial

- 31 Mediante su primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en lo esencial, si debe interpretarse que el Derecho de la Unión consagra, como tal, un principio general de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y la ocupación.
- 32 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, entre los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho de la Unión figura el principio general de no discriminación, que vincula a los Estados miembros cuando la situación nacional sobre la que versa el litigio principal está incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456, apartado 56).
- 33 A este respecto, procede declarar que ninguna disposición de los Tratados UE y FUE contiene una prohibición de la discriminación por motivo de obesidad como tal. En particular, ni el artículo 10 TFUE ni el artículo 19 TFUE se refieren a la obesidad.
- 34 Por lo que se refiere más en concreto al artículo 19 TFUE, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que no contiene sino una regulación de las competencias de la Unión y que, al no contemplar la discriminación por motivo de obesidad como tal, no puede ser fundamento jurídico de medidas del Consejo de la Unión Europea destinadas a combatir ese tipo de discriminación (véase, por analogía, la sentencia Chacón Navas, EU:C:2006:456, apartado 55).
- 35 Tampoco el Derecho derivado de la Unión consagra un principio de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y la ocupación. Concretamente, la Directiva 2000/78 no menciona la obesidad como motivo de discriminación.
- 36 Pues bien, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no procede ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva (véanse las sentencias Chacón Navas, EU:C:2006:456, apartado 56, y Coleman, C-303/06, EU:C:2008:415, apartado 46).

- 37 Por consiguiente, la obesidad como tal no puede añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación (véase, por analogía, la sentencia Chacón Navas, EU:C:2006:456, apartado 57).
- 38 En los autos trasladados al Tribunal de Justicia en el presente asunto no figura ningún dato que permita considerar que la situación controvertida en el litigio principal, que guarda relación con un despido cuyo motivo presuntamente fue la obesidad como tal, esté comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.
- 39 Teniendo en cuenta dicho contexto, tampoco las disposiciones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea están concebidas para ser aplicadas a una situación de esas características (véase, en este sentido, la sentencia Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, apartados 21 y 22).
- 40 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, debe responderse a la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas que debe interpretarse que el Derecho de la Unión no consagra, como tal, un principio general de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y la ocupación.

Sobre las cuestiones prejudiciales segunda y tercera

- 41 Habida cuenta de la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial, no procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera.

Sobre la cuarta cuestión prejudicial

- 42 Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en lo esencial, si la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que, a los efectos de dicha Directiva, la obesidad de un trabajador puede considerarse como «discapacidad» y, en caso de respuesta afirmativa, qué criterios resultan determinantes para que dicha obesidad implique la protección de esa persona por la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad, prevista en la citada Directiva.

Admisibilidad

- 43 El Gobierno danés sostiene que la cuarta cuestión prejudicial es inadmisibile por revestir carácter hipotético, ya que, según dicho Estado miembro, de los hechos expuestos por el tribunal remitente no se deduce que el Sr. Kaltoft no haya podido cumplir con sus funciones durante el tiempo que trabajó para Billund Kommune, y menos aún que se le haya considerado afectado de «discapacidad», en la acepción de la Directiva 2000/78. Por tanto, según el Gobierno danés, la respuesta a dicha cuestión prejudicial no resulta adecuada para la solución del litigio principal.
- 44 Por otra parte, el Gobierno danés ha alegado que la respuesta a la cuarta cuestión prejudicial no suscita ninguna duda razonable, ya que puede deducirse claramente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En opinión del Estado miembro, a la luz del apartado 47 de la sentencia HK Danmark (C-335/11 y C-337/11,

EU:C:2013:222), en el asunto principal el tribunal remitente puede pronunciarse por sí solo sobre la definición de «discapacidad» a los efectos de la Directiva 2000/78.

- 45 A este respecto, procede recordar que, en el marco del procedimiento establecido en el artículo 267 TFUE, corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse. La presunción de pertinencia de que disfrutaban las cuestiones planteadas con carácter prejudicial por los tribunales nacionales sólo puede destruirse en casos excepcionales, cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (véanse, en particular, las sentencias Åkerberg Fransson, EU:C:2013:105, apartados 39 y 40, y B., C-394/13, EU:C:2014:2199, apartado 19).
- 46 En el presente asunto, el tribunal remitente expresa dudas sobre la interpretación del concepto de «discapacidad» a efectos de la Directiva 2000/78 y, mediante su cuarta cuestión prejudicial, desea saber si dicho concepto es de aplicación a un trabajador que está obeso cuando es despedido.
- 47 En esas circunstancias, no resulta evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada por el tribunal remitente no sea necesaria para que éste último resuelva el litigio que se le ha planteado.
- 48 Por otra parte, nada impide a un tribunal nacional plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial cuya respuesta no suscite ninguna duda razonable (véase la sentencia Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, apartado 64 y jurisprudencia citada).
- 49 Por tanto, procede declarar admisible la cuarta cuestión prejudicial.

Sobre el fondo del asunto

- 50 Con carácter preliminar, es preciso señalar que, tal como se indica en su artículo 1, la Directiva 2000/78 tiene por objeto establecer un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra las discriminaciones basadas en cualquiera de los motivos mencionados en dicho artículo, entre los que está la discapacidad.
- 51 De conformidad con el artículo 2, apartado 2, letra a), de dicha Directiva, existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por, entre otros motivos, su discapacidad.

- 52 En virtud de su artículo 3, apartado 1, letra c), la Directiva 2000/78 se aplicará, dentro del límite de las competencias conferidas a la Unión, a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación, en particular, con las condiciones de despido.
- 53 Tras la ratificación por parte de la Unión de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, que fue aprobada en nombre de la Comunidad por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 (DO 2010, L 23, p. 35), el Tribunal de Justicia ha estimado que, a efectos de la Directiva 2000/78, el concepto de «discapacidad» debe entenderse como referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (véanse las sentencias HK Danmark, EU:C:2013:222, apartados 37 a 39; Z., C-363/12, EU:C:2014:159, apartado 76, y Glatzel, C-356/12, EU:C:2014:350, apartado 45).
- 54 Dicho concepto de «discapacidad» debe entenderse en el sentido de que no sólo abarca la imposibilidad de ejercer una actividad profesional, sino también una dificultad para el ejercicio de ésta. Una interpretación distinta sería incompatible con el objetivo de esa Directiva, que pretende, en particular, que una persona con discapacidades pueda acceder a un empleo o ejercerlo (véase la sentencia Z., EU:C:2014:159, apartado 77 y jurisprudencia citada).
- 55 Además, sería contrario al objetivo mismo de esta Directiva, que consiste en hacer realidad el principio de igualdad de trato, admitir que ésta pueda aplicarse en función de la causa de la discapacidad (véase la sentencia HK Danmark, EU:C:2013:222, apartado 40).
- 56 Efectivamente, a efectos de la Directiva 2000/78, el concepto de «discapacidad» no depende de en qué medida la persona haya podido o no contribuir a su propia discapacidad.
- 57 Por otra parte, la definición del concepto de «discapacidad» en el sentido del artículo 1 de la Directiva 2000/78 precede a la determinación y a la apreciación de las medidas de ajuste adecuadas a que se refiere el artículo 5 de ésta. Efectivamente, conforme al decimosexto considerando de dicha Directiva, estas medidas tienen por objeto la adaptación a las necesidades de las personas con discapacidades y, por lo tanto, son la consecuencia y no el elemento constitutivo del concepto de «discapacidad» (véase, en este sentido, la sentencia HK Danmark, EU:C:2013:222, apartados 45 y 46). Por consiguiente, el mero hecho de que no se adoptaran medidas de ajuste en su beneficio no basta para considerar que a efectos de dicha Directiva el Sr. Kaltoft no esté discapacitado.
- 58 Procede declarar que, a los efectos de la Directiva 2000/78, la obesidad como tal no puede considerarse «discapacidad», dado que, por su propia naturaleza, no da lugar necesariamente a una limitación de las contempladas en el apartado 53 de la presente sentencia.

- 59 En cambio, en el supuesto de que, en determinadas circunstancias, la obesidad del trabajador de que se trate acarrearía una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pudiera impedir la participación plena y efectiva de dicha persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación fuera de larga duración, la obesidad podría estar incluida en el concepto de «discapacidad» a efectos de la Directiva 2000/78 (véase, en este sentido, la sentencia HK Danmark, EU:C:2013:222, apartado 41).
- 60 Así sería, en particular, si la obesidad del trabajador impidiera su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores a causa de su movilidad reducida o a causa de la concurrencia de patologías que no le permitieran realizar su trabajo o que le acarrearán una dificultad en el ejercicio de su actividad profesional.
- 61 En el presente asunto, tal como señaló el tribunal remitente, es pacífico que el Sr. Kaltoft estaba obeso durante todo el tiempo que trabajó para Billund Kommune, obesidad que, por consiguiente, fue de larga duración.
- 62 En el asunto principal, corresponde al tribunal remitente comprobar si, pese a que como se ha señalado en el apartado 17 de la presente sentencia el Sr. Kaltoft desempeñara su trabajo durante unos quince años, su obesidad le acarrearía una limitación que responda a los requisitos a que se refiere el apartado 53 de la presente sentencia.
- 63 Para el supuesto de que el tribunal remitente llegara a la conclusión de que la obesidad del Sr. Kaltoft responde a los requisitos a que se refiere el apartado 53 de la presente sentencia, procede recordar que, por lo que se refiere a la aplicación de la carga de la prueba, de conformidad con el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78 los Estados miembros deberán adoptar, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta. De conformidad con el apartado 2 de dicho artículo, su apartado 1 se entenderá sin perjuicio de que los Estados miembros adopten normas sobre la prueba más favorables a la parte demandante.
- 64 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuarta de las cuestiones prejudiciales planteadas que la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que, a los efectos de dicha Directiva, la obesidad de un trabajador puede considerarse como «discapacidad» cuando acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Corresponderá al tribunal nacional comprobar si en el asunto principal concurren dichos requisitos.

Costas

- 65 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

- 1) Debe interpretarse que el Derecho de la Unión no consagra, como tal, un principio general de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y la ocupación.**
- 2) La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que, a los efectos de dicha Directiva, la obesidad de un trabajador puede considerarse como «discapacidad» cuando acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Corresponderá al tribunal nacional comprobar si en el asunto principal concurren dichos requisitos.**

Firmas

AI-4) SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

Sentencias comentadas en el texto, descargadas⁵¹⁵ de la base de datos HUDOC del TEDH (www.hudoc.echr.coe.int).

En l'affaire Koua Poirrez c. France (asunto 40.892/98)

La Cour européenne des Droits de l'Homme (deuxième section), siégeant en une chambre composée de :

MM. A.B. BAKA, *président*, J.-P. COSTA, GAUKUR JÖRUNDSSON, L. LOUCAIDES, C. BIRSAN, M. UGREKHELIDZE, Mme A. MULARONI, *juges*, et de M. T.L. EARLY, *greffier adjoint de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 26 mars 2002 et 9 septembre 2003, Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (nº 40892/98) dirigée contre la République française et dont un ressortissant ivoirien, M. Ettien Laurent Koua Poirrez (« le requérant »), avait saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 12 mars 1998 en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »).
2. Le requérant est représenté devant la Cour par Me J.-F. Gondard, avocat au barreau de la Seine-Saint-Denis. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M. R. Abraham, directeur des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.
3. Le requérant alléguait en particulier la violation de l'article 6 § 1 de la Convention et de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole nº 1, en raison du refus d'octroi d'une allocation pour adulte handicapé et de la durée de la procédure subséquente.
4. La requête a été transmise à la Cour le 1^{er} novembre 1998, date d'entrée en vigueur du Protocole nº 11 à la Convention (article 5 § 2 dudit Protocole).
5. La requête a été attribuée à la troisième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Au sein de celle-ci, la chambre chargée d'examiner l'affaire (article 27 § 1 de la Convention) a été constituée conformément à l'article 26 § 1 du règlement.

⁵¹⁵ Los idiomas oficiales de publicación son inglés y francés

6. Par une décision du 13 mars 2001, la chambre a déclaré la requête partiellement recevable.

7. La chambre ayant décidé après consultation des parties qu'il n'y avait pas lieu de tenir une audience consacrée au fond de l'affaire (article 59 § 3 *in fine* du règlement) et estimé qu'il convenait de recueillir des renseignements complémentaires, les parties ont chacune soumis des commentaires écrits sur les observations de l'autre. Des observations ont également été reçues de M. Bernard Poirrez, le père adoptif du requérant, que le président avait autorisé à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 61 § 3 du règlement). Le Gouvernement a répondu à ces commentaires (article 61 § 5 du règlement).

8. Le 1^{er} novembre 2001, la Cour a modifié la composition de ses sections (article 25 § 1 du règlement). La présente requête a été attribuée à la deuxième section ainsi remaniée (article 52 § 1).

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Le requérant est né en 1966 et réside en région parisienne.

10. Le requérant souffre d'un handicap physique depuis l'âge de sept ans. Il fut adopté par M. Bernard Poirrez, ressortissant français, aux termes d'un jugement rendu le 28 juillet 1987 par le tribunal de première instance de Bouaké. Ce jugement fit l'objet d'une décision d'exequatur du tribunal de grande instance de Bobigny le 11 décembre 1987.

11. En décembre 1987, le requérant souscrivit une déclaration de nationalité française, qui fut jugée irrecevable, au motif qu'il avait plus de dix-huit ans à la date de sa demande. Il interjeta appel devant le tribunal de grande instance de Bobigny. Sa demande fut déclarée irrecevable par un jugement dudit tribunal en date du 15 janvier 1991. Cette décision fut confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris daté du 24 juin 1993.

12. Parallèlement, le requérant se vit reconnaître un taux d'incapacité de 80 % par la Commission technique d'orientation et de reclassement professionnel (COTOREP) de la Seine-Saint-Denis et se vit attribuer une carte d'invalidité. En mai 1990, il demanda alors à bénéficier de l'« allocation aux adultes handicapés » (AAH) à la caisse d'allocations familiales (CAF) de la région parisienne. Il se prévalait de sa qualité de résident français, de nationalité ivoirienne, et de celle de fils adoptif d'un ressortissant français résidant en France et y travaillant. Sa demande fut rejetée au motif que n'étant ni de nationalité française ni ressortissant d'un pays signataire d'une convention de réciprocité en matière d'attribution de l'AAH, il ne remplissait pas les conditions d'attribution posées par l'article L. 821-1 du code de la sécurité sociale (paragraphe 24 ci-dessous).

13. Le 13 juin 1990, le requérant saisit la commission de recours amiable de la caisse d'allocations familiales.

14. Par une décision du 6 septembre 1990, cette commission, saisie sur recours du requérant, confirma la décision attaquée au motif que ce dernier ne remplissait pas les conditions prévues à l'article L. 821-1 du code de la sécurité sociale. L'administration releva que la Côte d'Ivoire, pays dont le requérant est ressortissant, n'avait pas conclu avec la France de convention de réciprocité en matière d'AAH.

15. Le 26 février 1991, le requérant saisit le tribunal des affaires de sécurité sociale de Bobigny d'un recours en annulation de la décision de rejet de sa demande. Le requérant et la CAF déposèrent leurs conclusions respectivement le 26 février et le 25 avril 1991.

16. Par un jugement du 12 juin 1991, le tribunal décida de surseoir à statuer en posant une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) aux fins de savoir si l'exclusion de l'allocation d'adulte handicapé au bénéfice du requérant, membre de la famille (descendant adopté) d'un ressortissant de la communauté européenne résidant dans le pays dont le chef de famille (l'adoptant) a la nationalité (prévue par le texte français), était conforme aux dispositions européennes issues du traité instituant la Communauté économique européenne (« le traité CEE »). Par un arrêt du 16 décembre 1992, la CJCE répondit à la question préjudicielle en disant pour droit que les articles invoqués du traité CEE ne s'opposaient pas au refus du bénéfice de cette prestation au requérant. Elle releva que le père adoptif du requérant ne pouvait prétendre à la qualité de « travailleur migrant », catégorie à laquelle s'appliquent les dispositions européennes invoquées. Elle se fonda sur le fait que le père adoptif du requérant, étant français, avait toujours résidé et travaillé en France. La CJCE en tira la conséquence, à savoir que le requérant ne pouvait pas « invoquer le droit communautaire pour prétendre à un avantage en matière de sécurité sociale accordé aux travailleurs migrants et aux membres de la famille ». Ce faisant, elle n'examina pas le point de savoir si le refus opposé au requérant était, de façon générale, conforme ou non au droit communautaire.

17. A partir du 17 décembre 1991, le requérant perçut le Revenu minimum d'insertion (RMI).

18. Par un jugement du 31 mars 1993, le tribunal des affaires de sécurité sociale de Bobigny, faisant application de la réponse apportée par la CJCE, décida que le recours du requérant était mal fondé et débouta ce dernier. Le requérant interjeta appel de ce jugement le 27 juillet 1993. Il demanda à bénéficier de l'aide juridictionnelle le 23 novembre 1993.

19. Le 14 janvier 1994, le bureau d'aide juridictionnelle près le tribunal de grande instance de Paris rejeta la demande d'aide juridictionnelle formulée par le requérant dans le cadre de

cet appel, au motif que sa demande était manifestement dénuée de fondement. Le 21 février 1994, le requérant interjeta appel de cette décision de rejet. Par une décision du 5 mai 1994, le président du bureau d'aide juridictionnelle fit droit à sa demande.

20. Par un arrêt du 19 juin 1995, la cour d'appel de Paris confirma le jugement du 31 mars 1993. Elle rappela les dispositions de l'article L. 821-1 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction alors en vigueur, et l'absence de convention de réciprocité entre la France et le pays de la nationalité du requérant relativement à l'attribution de l'allocation.

21. Le 2 mai 1996, le requérant se pourvut en cassation contre cet arrêt. Le requérant et la CAF déposèrent leurs mémoires respectivement le 1^{er} août et le 21 octobre 1996. Le 2 juin 1997 fut désigné le conseiller rapporteur, qui déposa son rapport le 10 octobre 1997. L'audience devant la Cour de cassation eut lieu le 27 novembre 1997. Par un arrêt du 22 janvier 1998, la Cour de cassation rejeta le pourvoi formé par le requérant et formulé comme suit :

« Sur le moyen du requérant tiré de ce que « (...) l'article 26 du pacte de New York proscrit toute discrimination, notamment en raison d'une origine nationale ; que la cour d'appel, qui a refusé d'accorder une allocation d'adulte handicapé à M. Koua Poirrez en raison de sa nationalité, a méconnu la force obligatoire de cette disposition, qu'elle a par suite violé par refus d'application (...) »

22. La Cour de cassation s'exprima comme suit :

« l'article 26 du pacte international de New York du 19 décembre 1966, qui prohibe toute discrimination d'origine nationale, ne saurait être interprété comme interdisant toutes les conditions de nationalité auxquelles la loi nationale subordonne l'obtention d'un droit ;

que la cour d'appel, ayant rappelé les termes de l'article L. 821-1 du Code de la sécurité sociale, qui réserve aux personnes de nationalité française, ou ressortissantes d'un pays ayant conclu une convention de réciprocité, le droit à l'attribution de l'A.A.H., a exactement décidé que M. Koua Poirrez, de nationalité ivoirienne, ne pouvait prétendre à cette allocation, en l'absence de convention de réciprocité entre la France et la Côte d'Ivoire ; (...) »

23. A la suite de l'adoption de la loi du 11 mai 1998 levant la condition de nationalité pour l'octroi des prestations non contributives, le requérant forma une nouvelle demande d'octroi de l'allocation d'adulte handicapé à compter du 1^{er} juin 1998. Sa demande ayant été rejetée par la CAF, il saisit de nouveau le tribunal des affaires de sécurité sociale. Par un jugement du 11 juin 1999, ledit tribunal déclara ce recours mal fondé au motif que le requérant n'avait pas respecté les conditions formelles de présentation de sa demande d'allocation. Il n'avait en effet pas soumis à la CAF tous les documents justifiant de sa situation financière. Le requérant interjeta appel de ce jugement. Il ressort des informations fournies par le Gouvernement et non contestées par le requérant que, à la demande de la CAF, la COTOREP réexamina le dossier et accorda au requérant le bénéfice de l'allocation pour la période de juin 1998 à novembre 2000. Le dossier ne fait pas apparaître si le bénéfice en a

été maintenu au-delà de cette dernière date ; en tout état de cause, le requérant ne se plaint pas pour la période actuelle et n'allègue pas que le bénéfice de l'allocation lui aurait été retiré.

II. LE DROIT PERTINENT

A. Le droit interne

24. Le bénéfice de l'allocation aux adultes handicapés a été envisagé par la loi n° 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées. L'article L. 821-1 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 11 mai 1998, prévoit ce minimum de ressources à toute personne handicapée, sous réserve du respect de certaines conditions :

« Toute personne de nationalité française ou ressortissant d'un pays ayant conclu une convention de réciprocité en matière d'attribution d'allocations aux handicapés adultes résidant sur le territoire métropolitain (...) ayant dépassé l'âge d'ouverture du droit à l'allocation d'éducation spéciale prévue à l'article L. 541-1, dont l'incapacité permanente est au moins égale à un pourcentage fixé par décret, perçoit une A.A.H. lorsqu'elle ne peut prétendre au titre d'un régime de sécurité sociale, d'un régime de pension de retraite ou d'une législation particulière à un avantage de vieillesse ou d'invalidité ou une rente d'accident de travail d'un montant au moins égal à ladite allocation. »

25. La loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile a supprimé la condition de nationalité. Depuis la promulgation de cette loi, tout étranger résidant de façon régulière en France peut demander le bénéfice de cette allocation.

26. Concernant une autre prestation, l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité, la Cour de cassation a jugé que son refus d'attribution uniquement fondé sur la nationalité étrangère du titulaire d'une pension d'invalidité du régime français, résidant en France, viole les articles 14 de la Convention et 1 du Protocole n° 1 (Chambre sociale, arrêt du 14 janvier 1999, publié au *Bulletin*).

B. La Recommandation du Comité des Ministres n° R (92) 6

27. La Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe n° R (92) 6, adoptée le 9 avril 1992, relative à une politique cohérente pour les personnes handicapées, renvoie à son annexe, laquelle prévoit notamment ce qui suit

« (...) »

2. Objectifs

Toutes les personnes handicapées ou susceptibles de le devenir, quels que soient leur âge et leur race, et la nature, l'origine et le degré de sévérité de leur handicap, devraient avoir droit à l'aide individuelle requise pour pouvoir mener une vie conforme à leurs capacités réelles et potentielles, au niveau le plus élevé possible pour chacune. A travers un système coordonné de mesures, elles devraient pouvoir :

(...)

– jouir d'un minimum vital, le cas échéant par le biais de prestations sociales ;

(...)

4. Directives générales

Pour mettre en oeuvre cette politique, les Etats devraient appliquer les mesures suivantes :

(...)

– assurer aux personnes handicapées un niveau de vie digne à travers des prestations économiques et des services sociaux appropriés ;

(...)

Les prestations sociales demeurent, toutefois, dans de nombreux secteurs un moyen essentiel soit de stimuler et de faciliter l'autonomie, soit de mettre en route et d'encourager cette mise en route des processus de réadaptation et d'intégration. (...)

IX. Protection sociale, économique et juridique

1. Portée et principes

1.1. Afin d'éviter, ou au moins d'améliorer, des situations dans lesquelles des personnes handicapées se trouveraient en difficulté, marginalisées et défavorisées, de garantir à ces personnes l'égalité des chances et de développer leur autonomie personnelle, leur indépendance économique et leur intégration sociale, il conviendrait de leur assurer le droit à une sécurité économique et sociale et à un niveau de vie digne, grâce :

– à un minimum vital ;

– à des allocations spécifiques ; et

– à un système de protection sociale.

1.2. S'il existe pour l'ensemble de la population un système général de protection économique et sociale, il conviendrait d'en faire bénéficier pleinement les personnes handicapées et de prendre en considération leurs besoins spécifiques. Sinon, il faut instaurer un système spécifique visant à les protéger de façon continue.

1.3. La protection socio-économique devra être assurée par des prestations financières et par des services sociaux. Cette protection doit reposer sur une évaluation précise des besoins et de la situation des personnes handicapées, et faire l'objet d'un réexamen périodique pour tenir compte de l'évolution des circonstances personnelles qui ont motivé l'octroi de cette protection.

1.4. Les mesures de protection économique ne doivent être considérées que comme l'un des éléments composant le processus d'intégration des personnes handicapées.

2. Sécurité économique et sociale

2.1. Outre les prestations sociales servies aux personnes handicapées comme aux autres personnes (indemnités de chômage par exemple), le système de sécurité économique et sociale devrait garantir :

- les prestations spéciales en espèces ou en nature pour les personnes handicapées, visant à assurer leur réadaptation et à répondre à d'autres besoins particuliers, comme les traitements médicaux, la formation professionnelle, les aides techniques, l'accès et l'adaptation des bâtiments, les transports et les possibilités de communication ;
- un soutien financier spécial aux familles ayant un enfant handicapé ;
- une aide appropriée, par exemple des subventions à l'installation ou des prêts à l'investissement pour les personnes handicapées souhaitant devenir des travailleurs indépendants ;
- un minimum vital répondant aux besoins fondamentaux des personnes souffrant d'un handicap qui les empêche de travailler, et à ceux de leur famille ;
- des prestations pour les personnes qui, en raison de leur handicap, ont besoin de l'aide permanente d'une autre personne ;
- des prestations aux personnes dans l'impossibilité de chercher un emploi en raison des soins qu'elles prodiguent à une personne handicapée ;
- lorsqu'il est renoncé à l'aide financière pour exercer un emploi, cette aide devrait être réservée et garantie pour le cas où l'emploi s'avère impossible ;

(...) »

28. Cette recommandation énonce également que « l'exercice des droits juridiques de base des personnes handicapées ainsi que le droit à la non-discrimination devraient être protégés

C. La Charte sociale européenne

29. Le Comité européen des droits sociaux, dans les Conclusions relatives à l'article 12 de la Charte concernant la France (15^e rapport, période de référence 1997-1998 ; Conclusions XV-1, Tome 1, p. 277, éditions du Conseil de l'Europe, 2000), énonce ce qui suit :

« Le Comité constate que la loi n° 98-349 relative à l'entrée et au séjour en France et au droit d'asile met le code de la sécurité sociale en conformité avec la Charte sociale. La condition de réciprocité mise à l'octroi de l'AAH et de l'allocation supplémentaire du FSV aux étrangers était jugée contraire à l'article 12 par. 4 de la Charte par le Comité depuis le cycle de contrôle VI et le cycle de contrôle XIII-2 respectivement. Cette condition étant levée – seule la régularité de séjour en France étant désormais requise (nouvel article L 816-1 du Code de sécurité sociale) – les ressortissants de toutes les Parties contractantes sont mis sur un pied d'égalité avec les nationaux. Le Comité considère que la situation est désormais conforme à l'article 12 par. 4. »

EN DROIT

30. En premier lieu, le requérant conteste la décision sur la recevabilité partielle de la Cour, en date du 13 mars 2001, en ce qu'elle a rejeté, comme manifestement mal fondé, son grief soulevé quant à la procédure relative à sa demande de nationalité.

31. La Cour estime que les éléments avancés par le requérant ne sont pas de nature à remettre en cause la décision critiquée sur ce point.

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 1

32. Le requérant se plaint d'une violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1, dispositions libellées comme suit :

Article 14 de la Convention

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

Article 1 du Protocole n° 1

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

A. Applicabilité de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1

1. Thèses défendues devant la Cour

33. Le Gouvernement considère que le droit de propriété protégé par l'article 1 du Protocole n° 1 n'inclut pas les prestations non contributives, telles que l'allocation d'adulte handicapé. Cette dernière représente en fait plus une assistance qu'une créance réelle ou un droit acquis, ce qui est illustré par son caractère non prédéterminé et conditionnel aux termes de la législation française. Il considère que l'affaire *Gaygusuz* (*Gaygusuz c. Autriche*, arrêt du 16 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV) lui donne raison, la Cour ayant expressément relevé, selon lui, que le droit à une prestation sociale était lié au paiement de contributions. Le Gouvernement estime que les décisions rendues dans l'affaire *Michael Matthews*, dont il partage l'analyse du gouvernement britannique, ne permet pas de déterminer si l'allocation litigieuse est un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 (*Michael Matthews c. Royaume-Uni*, n° 40302/98, décision du 28 novembre 2000 et arrêt du 15 juillet 2002). Le Gouvernement conclut ainsi à l'irrecevabilité *ratione materiae* de ce grief.

34. Le requérant tient l'allocation d'adulte handicapé pour un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 et le refus de lui accorder cette allocation méconnaîtrait son droit au respect de ce bien. Il estime notamment que ce refus se fonde sur un critère discriminatoire, à savoir sa condition d'étranger issu d'un pays non membre de l'Union européenne et non signataire d'une convention de réciprocité quant à l'octroi de l'allocation d'adulte handicapé. Il considère que, dans la jurisprudence de la Cour, la notion de « bien » a reçu une large extension.

Le requérant indique en outre que, notamment, dans une affaire Diop, relative à la cristallisation des pensions de retraite perçues par des ressortissants étrangers, la cour administrative d'appel de Paris, dont l'arrêt fut confirmé par le Conseil d'Etat le 30 novembre 2001, a rejeté l'argument du ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie qui soutenait qu'une telle pension n'était pas un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole no 1 faute de pouvoir établir une corrélation entre les cotisations versées et les pensions attribuées par l'Etat, ce dernier finançant au demeurant ce régime spécial par son budget. Le requérant, tout en citant d'autres jurisprudences administratives, en déduit que le critère de distinction selon le caractère contributif ou non d'une prestation est inopérant. Il cite également l'exemple du Revenu minimum d'insertion (RMI), dont il a bénéficié un temps, revenu variable en fonction du produit éventuel d'une activité professionnelle, susceptible d'être demandé par toute personne âgée de vingt-cinq ans, n'ayant jamais travaillé et ce sans condition de nationalité. Partant, il estime être titulaire d'un droit, dont le respect lui est refusé illégalement en raison d'une discrimination fondée sur la nationalité.

35. M. Bernard Poirrez, le père adoptif du requérant, autorisé à intervenir dans le cadre de la présente requête, estime que l'AAH est un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole no 1.

2. Appréciation de la Cour

36. La Cour rappelle que l'article 14 complète les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante puisqu'il vaut uniquement pour « la jouissance des droits et libertés » qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses (arrêts *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, série A no 94, p. 35, § 71, et *Inze c. Autriche* du 28 octobre 1987, série A no 126, p. 17, § 36).

37. La Cour rappelle également qu'elle a déjà jugé que le droit à une allocation d'urgence – dans la mesure où il est prévu par la législation applicable – est un droit patrimonial au sens de l'article 1 du Protocole no 1 et que, par conséquent, cette disposition s'applique sans qu'il faille se fonder uniquement sur le lien qui existe entre l'attribution de l'allocation d'urgence et l'obligation de payer « des impôts ou autres contributions » (*Gaygusuz*, précité, p. 1142, § 41). A cet égard, la Cour considère que le fait que, dans cette affaire, le requérant avait bien payé des contributions et que ce paiement lui ouvrait le droit à l'attribution de l'allocation d'urgence (*ibidem*, pp. 1141-1142, § 39) n'implique pas, *a contrario*, qu'une prestation sociale non contributive, telle que l'AAH, ne fonderait pas elle aussi un droit patrimonial au sens de l'article 1 du Protocole no 1.

38. En l'espèce, il n'est pas contesté que le requérant s'est vu reconnaître un taux d'incapacité de 80 % et attribuer une carte d'invalidité. Sa demande tendant à l'obtention de l'allocation d'adulte handicapé fut rejetée aux seuls motifs qu'il n'était ni de nationalité française ni ressortissant d'un pays signataire d'une convention de réciprocité en matière d'attribution de l'AAH.

Partant, la Cour constate que l'allocation pouvait être accordée tant aux Français qu'aux ressortissants d'un pays ayant signé une convention de réciprocité avec la France à cette fin.

39. De l'avis de la Cour, le fait que le pays d'origine du requérant n'a pas signé une telle convention, alors même que le requérant s'était vu attribuer une carte d'invalidité, qu'il résidait en France, qu'il était fils adoptif d'un citoyen français résidant et travaillant en France et, enfin, qu'il avait préalablement bénéficié du RMI, ne saurait justifier, en soi, le refus de l'allocation litigieuse. S'agissant en outre d'une allocation destinée à une personne souffrant d'un handicap, la Cour renvoie également, à titre indicatif, au texte de la Recommandation du Comité des Ministres n° R (92) 6, adoptée le 9 avril 1992 (paragraphe 27 ci-dessus), qui vise à la mise en place d'une politique et de mesures adaptées pour les personnes handicapées, ainsi qu'aux conclusions du Comité européen des droits sociaux (paragraphe 29 ci-dessus).

40. En outre, la Cour constate que le critère de nationalité pour l'octroi de cette allocation fut supprimé par la loi du 11 mai 1998. L'AAH est donc attribuée sans distinction fondée sur la nationalité depuis la promulgation de cette loi. Le requérant en a d'ailleurs bénéficié pour une période qui court à compter du mois de juin 1998, soit immédiatement après la promulgation de la loi.

41. La Cour considère en définitive que l'exclusion du requérant du bénéfice de l'AAH avant le mois de juin 1998 s'est fondée sur des critères – la nationalité française ou le fait d'être ressortissant d'un pays ayant conclu avec la France une convention de réciprocité relative à cette allocation – qui constituent une distinction relevant des dispositions de l'article 14 de la Convention.

42. Compte tenu de tout ce qui précède, la Cour estime que le requérant bénéficiait d'un droit patrimonial au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 et que l'article 14 de la Convention est également applicable en l'espèce.

B. Observation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1

1. Thèses défendues devant la Cour

43. Le Gouvernement considère que le grief du requérant tiré d'une discrimination contraire à l'article 14 est mal fondé. Il relève que la distinction opérée, avant la loi de 1998, entre

nationaux et étrangers en matière d'allocations pour adultes handicapés répondait à un but légitime, à savoir l'équilibre entre les recettes et les dépenses de l'Etat dans le domaine social. La condition de proportionnalité était également respectée en ce que les étrangers n'étaient pas privés de toute ressource puisqu'ils pouvaient notamment bénéficier du RMI. Le Gouvernement souligne par ailleurs que le requérant, s'il n'a pu acquérir la nationalité française par déclaration, aurait pu solliciter sa naturalisation et bénéficier de l'allocation d'adulte handicapé sans que lui demeure opposable la condition de nationalité.

44. Le requérant conteste cette thèse. Il considère que l'allocation d'adulte handicapé constitue un véritable droit patrimonial acquis dès lors que la condition tenant au plafond de ressources est remplie et qu'un certain taux d'invalidité a été atteint, ce qui était le cas dès sa première demande en 1990. Le refus de la CAF de lui accorder cette allocation méconnaît donc son droit, et ce en raison de sa nationalité.

45. M. Bernard Poirrez estime que la nationalité est également mentionnée dans les articles 2 § 2, 3 et 4 du Protocole n° 4, et qu'elle a servi de fondement à une discrimination dans l'octroi de l'allocation litigieuse.

2. Appréciation de la Cour

46. Selon la jurisprudence de la Cour, une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 si elle « manque de justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ». Par ailleurs, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement (voir notamment *Gaygusuz*, précité, p. 1142, § 42, *Larkos c. Chypre* [GC], n° 29515/95, § 29, CEDH 1999-I, et *Thlimmenos c. Grèce* [GC], n° 34369/97, § 40, CEDH 2000-IV). Toutefois, seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité (*Gaygusuz*, précité, p. 1142, § 42).

47. En l'espèce, la Cour constate d'abord que le requérant a légalement séjourné en France, où il a bénéficié du RMI, lequel n'est pas soumis à la condition de nationalité. Elle rappelle que le refus des autorités internes de lui accorder l'allocation litigieuse reposait exclusivement sur le constat qu'il ne possédait pas la nationalité appropriée, condition d'attribution posée par l'article L. 821-1 du code de la sécurité sociale applicable au moment des faits.

48. Par ailleurs, il n'est pas établi, ni même allégué, que le requérant ne remplissait pas les autres conditions légales pour l'attribution de la prestation sociale en question. Sur ce point,

la Cour ne peut d'ailleurs que constater que le requérant a effectivement bénéficié de l'AAH après que la loi du 11 mai 1998 eut supprimé la condition de nationalité. Il se trouvait donc dans une situation analogue à celle des ressortissants français ou de pays ayant signé une convention de réciprocité quant à son droit à l'obtention de cette prestation. La Cour relève que la Cour de cassation considère également que le refus d'attribution de l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité au titulaire d'une pension d'invalidité du régime français, résidant en France, refus uniquement fondé sur sa nationalité étrangère, viole les articles 14 de la Convention et 1 du Protocole n° 1 (paragraphe 26 ci-dessus).

49. Dès lors, les arguments avancés par le Gouvernement ne sauraient convaincre la Cour. La différence de traitement, en ce qui concerne le bénéfice des prestations sociales, entre les ressortissants français ou de pays ayant signé une convention de réciprocité et les autres étrangers ne reposait sur aucune « justification objective et raisonnable » (voir, *a contrario*, *Moustaquim c. Belgique*, arrêt du 18 février 1991, série A n° 193, p. 20, § 49). Même si, à l'époque des faits, la France n'était pas liée par des accords de réciprocité avec la Côte d'Ivoire, elle s'est engagée, en ratifiant la Convention, à reconnaître « à toute personne relevant de [sa] juridiction », ce qui était sans aucun doute possible le cas du requérant, les droits et libertés définis au titre I de la Convention (*Gaygusuz*, précité, p. 1143, § 51).

50. Partant, il y a eu méconnaissance de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION

51. Le requérant estime que la procédure ne s'est pas déroulée dans un délai raisonnable, comme l'eût voulu l'article 6 § 1 de la Convention, dont la partie pertinente en l'espèce est libellée comme suit :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) dans un délai raisonnable, par un tribunal (...) qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) »

1. Thèses défendues devant la Cour

52. Le Gouvernement considère à titre principal que ce grief est irrecevable car incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de l'article 6 § 1 ; en effet, le requérant ne peut se prétendre titulaire d'un « droit de caractère civil » au sens de ce texte puisque la législation applicable au moment des faits de l'espèce ne lui conférait pas de droit à l'obtention de l'allocation litigieuse.

53. A titre subsidiaire, le Gouvernement estime que le grief tiré de la durée excessive de la procédure est mal fondé du fait de la complexité incontestable de l'affaire (notamment illustrée par la nécessité pour le juge du fond de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes) et de son importance réduite sur le fond, ce qui

excluait la nécessité d'une diligence particulière (le requérant pouvant bénéficier du RMI). Le Gouvernement insiste aussi sur le fait que le requérant a multiplié les procédures et que les juridictions saisies ont été suffisamment diligentes quand elles ont statué sur son cas. Tout en reconnaissant une certaine latence devant la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation, il rappelle que la première a tenu à recueillir l'avis du parquet général, tandis que la Cour de cassation a fait preuve de diligence à partir de la désignation du conseiller rapporteur en juin 1997.

54. Le requérant rejette cette analyse. Il considère que sa contestation porte effectivement sur un « droit de caractère civil » au sens de l'article 6 § 1, car il aurait dû bénéficier de l'allocation litigieuse du fait de son invalidité reconnue et ce quelle que soit sa nationalité. Il souligne notamment qu'il pouvait invoquer ce droit en se fondant sur des textes européens ayant une valeur supérieure à celle du droit français. Il renvoie sur ce point à un arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 1996 ayant reconnu l'octroi de l'allocation d'adulte handicapé à un Algérien du fait de l'existence d'un accord conclu entre l'Algérie et la Communauté économique européenne, et à un jugement du tribunal des affaires de sécurité sociale de Haute-Savoie du 15 mai 1997 se fondant, lui, pour octroyer cette allocation, sur la convention de Lomé. Enfin, le requérant conteste l'analyse du Gouvernement quant à la longueur de la procédure, estimant pour sa part que son affaire ne présentait pas une complexité justifiant une telle durée et que le véritable motif de cette durée excessive réside dans le manque de diligence des autorités françaises.

55. M. Bernard Poirrez considère que la durée n'a pas été raisonnable, indiquant notamment que la responsabilité en incombe principalement aux autorités qui n'ont pas maîtrisé ou, plus grave, ont violé la hiérarchie des normes.

2. Appréciation de la Cour

56. Concernant l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention, la Cour renvoie à son constat selon lequel le requérant bénéficiait d'un droit à l'AAH, droit patrimonial au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 (paragraphe 42 ci-dessus). Partant, la Cour conclut au « caractère civil » de celui-ci. En outre, il ne saurait être contesté que ce « droit » patrimonial faisait l'objet d'une « contestation » devant les juridictions internes (voir également l'arrêt *Mennitto c. Italie* [GC], n° 33804/96, §§ 23 et suiv., CEDH 2000-X).

57. L'article 6 § 1 trouve donc à s'appliquer en l'espèce.

58. La Cour constate que la période à considérer a débuté le 13 juin 1990 avec la saisine de la commission de recours amiable et s'est achevée le 22 janvier 1998 avec l'arrêt de la Cour de cassation. Elle a donc duré sept ans, sept mois et neuf jours, pour trois degrés de juridiction.

59. La Cour rappelle que le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et eu égard aux critères consacrés par sa jurisprudence, en particulier la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes (voir, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt *Frydlender c. France* [GC], no 30979/96, § 43, CEDH 2000-VII).

60. Elle estime, avec le Gouvernement, que la présente affaire présentait un certain degré de complexité.

61. Quant au comportement des parties, la Cour considère que l'on ne saurait reprocher au requérant d'avoir pleinement tiré parti des voies de recours qui lui étaient ouvertes. S'agissant des autorités internes, elle ne relève aucune période d'inactivité significative qui leur serait imputable. Elle rappelle en outre que la durée de la procédure devant la CJCE, à savoir plus de dix-huit mois en l'espèce, n'a pas à être prise en compte (*Pafitis et autres c. Grèce*, arrêt du 26 février 1998, *Recueil* 1998-I, p. 459, § 95).

62. Enfin, l'enjeu financier de la procédure, bien qu'important, n'est pas déterminant en l'espèce, le requérant ayant bénéficié du RMI à partir du 17 décembre 1991 (paragraphe 17 ci-dessus).

63. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que la durée de la procédure n'a pas excédé le « délai raisonnable » prévu à l'article 6 § 1.

64. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

III. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

65. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommage

66. Le requérant sollicite une somme de 184 000 francs français (FRF), soit 28 050 euros (EUR), au titre du préjudice matériel en raison de la différence de montant entre le RMI et l'AAH entre 1990 et 1998. En outre, il réclame une somme de 500 000 FRF, soit 76 224 EUR, au titre du préjudice moral pour non-reconnaissance de la nationalité française, plus 200 000 FRF, soit 30 489 EUR, pour résistance de l'Etat français et 100 000 FRF, soit 15 244 EUR, pour la longueur de la procédure.

67. M. Bernard Poirrez, tiers intervenant, demande une somme de 400 000 FRF, soit 60 979 EUR, au titre d'un préjudice moral distinct de celui de son fils, ainsi que 100 000 FRF, soit 15 244 EUR, pour la longueur de la procédure.

68. Le Gouvernement considère notamment que le requérant ne peut réclamer une indemnisation en raison du refus de lui octroyer la nationalité française, qu'il n'est en outre

plus victime depuis l'adoption de la loi de 1998 et qu'en tout état de cause un constat de violation de l'article 14 de la Convention et de l'article 1 du Protocole n° 1 ne donnerait droit à aucune indemnisation.

Concernant le grief tiré de la durée de la procédure, il estime, au regard des sommes réclamées à ce titre et au titre des frais et dépens, qu'une somme de 40 000 FRF, soit 6 079,96 EUR, constituerait une satisfaction équitable appropriée.

Enfin, le Gouvernement considère que M. Bernard Poirrez ne peut revendiquer une quelconque indemnisation au titre de l'article 41 puisqu'il n'a pas la qualité de requérant.

69. La Cour rappelle tout d'abord que les articles 36 § 2 de la Convention et 61 § 3 du règlement permettent notamment au président de la Cour d'inviter toute personne intéressée autre que le requérant à présenter des observations écrites ou à prendre part aux audiences. M. Bernard Poirrez a bénéficié d'une telle autorisation, laquelle ne saurait octroyer que la qualité de tiers intervenant et non celle de requérant, ainsi que cela ressort du texte même des dispositions précitées.

70. Concernant le requérant, la Cour rappelle que le grief tiré du refus d'octroi de la nationalité française fut rejeté par sa décision de recevabilité partielle du 13 mars 2001. Partant, aucune satisfaction équitable ne saurait être accordée à ce titre.

Pour le reste, sans vouloir spéculer sur le montant de l'AAH et la date à laquelle l'intéressé aurait pu y prétendre, la Cour doit néanmoins tenir compte du fait qu'il a subi un tort moral et matériel certain. Statuant en équité, comme le veut l'article 41 de la Convention, elle lui accorde 20 000 EUR tous chefs de préjudice confondus.

B. Frais et dépens

71. Le requérant demande une somme de 40 000 FRF hors taxes, soit 6 079,96 EUR, au titre des frais et dépens, compte tenu de « l'ampleur des recherches et la dilution des procédures dans le temps ».

72. Le Gouvernement ne se prononce pas directement, sa proposition englobant les prétentions du requérant au titre de son grief tiré de l'article 6 et des frais (paragraphe 68 ci-dessus).

73. Lorsque la Cour constate une violation de la Convention, elle peut accorder à un requérant le paiement non seulement de ses frais et dépens devant les organes de la Convention, mais aussi de ceux qu'il a engagés devant les juridictions nationales pour prévenir ou faire corriger par celles-ci ladite violation (voir, notamment, *Hertel c. Suisse*, arrêt du 25 août 1998, *Recueil* 1998-VI, p. 2334, § 63). Pour ce qui est des frais et dépens devant la Cour, un requérant ne peut en obtenir le remboursement que dans la mesure où se

trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux (voir, par exemple, *Kress c. France* [GC], n° 39594/98, § 102, CEDH 2001-VI).

74. En l'espèce, la Cour constate que les sommes réclamées par le requérant au titre des dépens sont manifestement excessives et, en tout état de cause, ne sont pas ventilées, ce qui interdit de savoir dans quelle mesure elles auraient été destinées à couvrir les frais engagés pour prévenir ou faire corriger les seules violations constatées par la Cour. Cela étant, au vu des diligences écrites et orales manifestement accomplies par son avocat, la Cour lui accorde 3 000 EUR de ce chef.

C. Intérêts moratoires

75. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Rejette*, à l'unanimité, les exceptions préliminaires du Gouvernement ;
 2. *Dit*, par six voix contre une, qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 ;
 3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention ;
 4. *Dit*, à l'unanimité,
 - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, 20 000 EUR (vingt mille euros) tous préjudices confondus, outre 3 000 EUR (trois mille euros) au titre des frais et dépens, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt ;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;
 5. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.
- Fait en français, puis communiqué par écrit le 30 septembre 2003, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Lawrence EARLY András BAKA Greffier adjoint Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion dissidente de M^{me} Mularoni.
A.B.B. T.L.E.

OPINION DISSIDENTE DE M^{me} LA JUGE MULARONI

Je ne peux souscrire à l'opinion de la majorité selon laquelle il y a violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1.

L'article 1 du Protocole n° 1 protège le droit de propriété. Il me semble que, jusqu'à maintenant, la Cour a interprété de façon plutôt restrictive cet article, estimant qu'en la matière les Etats jouissent d'une marge d'appréciation très élevée.

Dans sa jurisprudence, la Cour a précisé la notion de « bien » : l'article 1 du Protocole n° 1 ne vaut que pour des biens actuels (*Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, série A n° 31, p. 23, § 50) ; s'il s'agit d'une créance, celle-ci doit être suffisamment établie pour être exigible (*Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, arrêt du 9 décembre 1994, série A n° 301-B, p. 84, § 59).

La majorité parvient à un constat de violation de l'article 1 du Protocole n° 1, lu en conjonction avec l'article 14 de la Convention, en se fondant sur l'arrêt *Gaygusuz c. Autriche* du 16 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV, pp. 1130 et suiv. Mais je vois une différence essentielle dans les deux affaires, à savoir le paiement de contributions.

Dans l'affaire *Gaygusuz* précitée, la Cour, suivant le raisonnement de la Commission, a conclu à l'applicabilité (et à la violation) de l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1, après avoir constaté que « [l]e droit à l'attribution de cette prestation sociale est donc lié au paiement de contributions à la caisse d'assurance chômage, condition préalable au versement des allocations chômage (...). Il s'ensuit que l'absence de paiement de ces contributions exclut tout droit à l'attribution de l'allocation d'urgence » (*ibidem*, pp. 1141-1142, § 39).

S'agissant du droit à pension, la Cour a précisé qu'un tel droit n'est pas garanti comme tel par la Convention, même si elle a reconnu qu'il peut être assimilé à un droit de propriété lorsque, par exemple, l'employeur a pris l'engagement plus général de verser une pension à des conditions qui peuvent être considérées comme faisant partie du contrat de travail (*Azinas c. Chypre*, n° 56679/00, §§ 32-34, 20 juin 2002).

Il est vrai que dans l'affaire *Mennitto* (*Mennitto c. Italie* [GC], n° 33804/96, CEDH 2000-X) la Cour a conclu à l'applicabilité de l'article 6 § 1 s'agissant de l'octroi d'une allocation aux familles qui s'occupaient directement à domicile de handicapés membres de leurs foyers. Mais, dans l'affaire précitée, le comité chargé de vérifier la conformité à la loi des demandes avait estimé que le fils du requérant répondait aux critères permettant le versement de l'allocation aux familles concernées ; la Cour avait conclu à l'applicabilité de l'article 6 § 1 après avoir constaté, d'une part, que le tribunal administratif et le Conseil d'Etat avaient

affirmé que l'administration ne jouissait d'aucun pouvoir discrétionnaire et, d'autre part, 20 ARRÊT KOUA POIRREZ c. FRANCE OPINION DISSIDENTE DE Mme LA JUGE MULARONI que le Conseil d'Etat avait jugé que la région avait l'obligation de prévoir les fonds destinés à garantir le versement de l'allocation aux bénéficiaires dans la mesure établie par la loi. La Cour avait aussi relevé que le requérant avait déjà reçu deux mensualités, ce qui pouvait donner à penser qu'il jouissait bien d'un tel droit.

A la lumière de ce qui précède, j'ai les plus forts doutes quant à la possibilité de parvenir à un constat d'applicabilité de l'article 1 du Protocole n° 1 (et, par conséquent, de violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1). Je ne vois pas comment, dans le cas d'espèce, l'allocation aux adultes handicapés, dans la mesure où elle constitue une prestation sociale non contributive, peut être considérée comme un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1.

Ayant dit cela, je suis néanmoins loin de conclure à l'absence de violation de la Convention. A mon avis, cette affaire touche le cœur de l'article 8 de la Convention, disposition que la Cour a interprétée de façon évolutive s'agissant des droits concernant la sphère privée et familiale des êtres humains, donc la sphère la plus intime, où la Cour est appelée à s'assurer que leur dignité et leur vie privée et familiale sont protégées par les Etats signataires de la Convention. La Cour a précisé que ces Etats doivent en premier lieu respecter la vie privée et familiale de toute personne relevant de leur juridiction, mais également éliminer les obstacles, les contraintes qui empêchent le libre développement de la personnalité et assumer des obligations positives de plus en plus amples.

La Cour a notamment dit que l'expression « vie privée » est large, qu'elle ne se prête pas à une définition exhaustive et que l'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel, et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur (*Bensaid c. Royaume-Uni*, n° 44599/98, § 47, CEDH 2001-I). Je constate aussi que le requérant a été adopté par un citoyen français. Le jugement rendu le 28 juillet 1987 par le tribunal de première instance de Bouaké a fait l'objet d'une décision d'exequatur rendue par un tribunal français le 11 décembre 1987. La France a donc reconnu l'existence d'une vie familiale entre le requérant et son père, de nationalité française, vie familiale protégée par l'article 8 de la Convention.

Comme la Cour l'a dit dans l'arrêt *Marckx* précité (pp. 14-15, § 31), « en proclamant par son paragraphe 1 le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 signifie d'abord que l'Etat ne peut s'immiscer dans l'exercice de ce droit, sauf sous les strictes conditions énoncées au paragraphe 2. Ainsi que la Cour l'a relevé en l'*Affaire « linguistique belge »*, il a « essentiellement » pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des

pouvoirs publics (arrêt du 23 juillet 1968, série A no 6, p. 33, § 7). Il ne se contente pourtant pas d'astreindre l'Etat à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un « respect effectif » de la vie familiale. »

Je considère que, dans la présente affaire, l'article 8 entre en jeu soit sous l'angle de la vie privée, soit sous l'angle de la vie familiale.

Pour ce qui est de l'article 14, la jurisprudence de la Cour a établi des principes très importants concernant l'interprétation de cette disposition.

En premier lieu, dans la mesure où l'article 14 n'a pas d'existence indépendante, son application ne présuppose pas nécessairement la violation d'un des droits substantiels garantis par la Convention, tout comme elle ne présuppose pas une interférence directe des autorités nationales avec les droits garantis par une telle disposition. Il faut, mais il suffit, que les faits de la cause tombent « sous l'empire » de l'une ou l'autre des dispositions en question (voir, parmi beaucoup d'autres, les arrêts *Karlheinz Schmidt c. Allemagne* du 18 juillet 1994, série A no 291-B, p. 32, § 22, et *Petrovic c. Autriche* du 27 mars 1998, *Recueil* 1998-II, p. 585, § 22). En second lieu, l'article 14 s'étend non seulement à la jouissance des droits que les Etats sont obligés de garantir par la Convention, mais également à la jouissance des droits et des libertés qui tombent sous l'empire d'une disposition matérielle de la Convention et que l'Etat a choisi de garantir, même si, ce faisant, il va au-delà de ce qui est exigé par la Convention. Ce principe a été pour la première fois énoncé par la Cour dans l'*Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »* (arrêt précité, pp. 33-34). Le raisonnement de la Cour a été similaire dans l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* (28 mai 1985, série A no 94, p. 35, § 71). Appliquant ces principes au cas d'espèce, je considère que, bien que l'article 8 de la Convention ne garantisse pas en tant que tel le droit à l'allocation aux adultes handicapés, la situation de la présente requête tombe « sous l'empire » de cette disposition.

J'en conclus que l'article 14, combiné avec l'article 8, trouve à s'appliquer. Je considère qu'à partir du moment où le système juridique français a accordé le droit à l'allocation aux adultes handicapés, il ne pouvait, sans vider l'article 14 de sa substance, le faire de manière discriminatoire.

Comme la majorité le relève (paragraphe 47 et 48 du présent arrêt), le requérant a légalement séjourné en France, où il a bénéficié du Revenu minimum d'insertion, lequel n'est pas soumis à la condition de nationalité. Le refus des autorités internes de lui accorder l'allocation pour adulte handicapé reposait exclusivement sur le constat qu'il ne possédait pas la nationalité appropriée, condition d'attribution posée par l'article L. 821-1 du code de

la sécurité sociale applicable au moment des faits. Par ailleurs, il n'est pas établi, ni même allégué, que le requérant ne remplissait pas les autres conditions légales pour l'attribution de la prestation sociale en question. Avec la majorité (paragraphe 49 de l'arrêt), je trouve que la différence de traitement entre les ressortissants français ou des pays ayant signé une convention de réciprocité et les autres étrangers ne reposait sur aucune « justification objective et raisonnable », à plus forte raison dans la mesure où le requérant avait été adopté par un citoyen français. Même si, à l'époque des faits, la France n'était pas liée par des accords de réciprocité avec la Côte d'Ivoire, elle s'est engagée, en ratifiant la Convention, à reconnaître « à toute personne relevant de [sa] juridiction » les droits et libertés définis au titre I de la Convention.

Selon moi, la différence de traitement a été discriminatoire dans la mesure où il n'existait pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

Partant j'estime qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8.

J'ai voté en faveur de l'octroi au requérant d'une somme au titre de la satisfaction équitable, ainsi que des frais et dépens, car la Cour aurait pu (et, à mon humble avis, aurait dû), comme elle l'a déjà fait dans plusieurs affaires, examiner *ex officio* le grief du requérant sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8, même si le requérant n'a pas invoqué ce dernier.

AUTORIZACIÓN EMITIDA POR EL CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JURIDICA (CENDOJ)

Estimado Sr. Cendrero:

Adjunto le remito la autorización solicitada, sometida a las condiciones establecidas en el propio documento y que vienen impuestas por la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre Reutilización de la Información del sector Público y el Reglamento 1495/2011, de 24 de octubre, para su desarrollo.

Reciba un cordial saludo,

María José Aguirre Zuazo

Letrada Centro de Documentación Judicial (CENDOJ)

Tel. +34 943 441074

Consejo General del Poder Judicial

C/ San Martín nº 41-3º - 20007 San Sebastián

El CENDOJ concede autorización al solicitante, **D. LUIS ALEJANDRO CENDRERO UCEDA, titular del DNI nº 13.608.161G**, con domicilio en Francisco Beleña, 2, Pozuelo de Alarcón de Madrid, a fin de utilizar la Base de Datos de Jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial para proceder al análisis de las sentencias que resulten de su interés e incorporarlas como anexo de la Tesis Doctoral que realiza en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, bajo la dirección de Doña Beatriz Quintanilla Navarro.

Las resoluciones podrá obtenerlas a través del buscador público, en la página web www.poderjudicial.es

La presente autorización no se encuentra sujeta a contraprestación económica alguna pero sí condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos específicos:

- 1.- Esta utilización no podrá tener, en ningún caso, una finalidad comercial.
- 2.- El contenido de la información obrante en la resolución judicial no podrá ser objeto de modificaciones o alteraciones de ningún tipo.
- 3.- Obligación de citar la fuente de origen, CENDOJ.
- 4.- No podrá superar el número de 100 en cómputo anual
- 5.- En el supuesto de publicar el texto original traducido a otro idioma habrá de mencionarse expresamente dicha circunstancia indicando que el idioma original de la fuente es el español.

San Sebastián, a 25 de febrero de 2015